Interesse und Wille

im § 683 B.G.B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät

der

Königl. Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Fritz Ernst.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1904.

Referent: Herr Professor Dr. Rümelin.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547016_0122

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung (Zweck der Abhandlung) 1

A. Die Behandlung von Interesse und Willen des Geschäftsherrn in der Literatur zum § 683 B.G.B. 2

I. Das Interesse und sein Verhältnis zum Willen . . . 2

II. Der mutmaßliche Wille und sein Verhältnis zum wirklichen Willen 13

III. Interesse und Wille im Falle des § 683 Satz 2 B.G.B. 21

B. Stellungnahme zur Literatur 24

C. Begründung der eigenen Ansicht 27

I. Der Wille (mutmaßlicher und wirklicher Wille) . . . 27

II. Das Interesse und seine Beziehungen zum Willen . . 35

1. Der Sprachgebrauch des B.G.B. und der allgemeine Sprachgebrauch 35

2. Die Schlüsse aus dem Verhältnisse des B.G.B. zum vorausgegangenen Rechte und insbesondere zum gemeinen Rechte 43

a) Das alte Recht 44

α) Sichtung des alten Rechts 44

β) Überblick üb. die Entwicklung des negotium utiliter gestum im gemeinen Rechte bis zum Siege des streng subjektiven Prinzips unt. besonder. Berücksichtigung d. Interesses 45

γ) Das streng subjektive Prinzip im gemeinen Rechte 56

1. Das Interesse d. Geschäftsherrn u. sein Verhältnis zum Willen des Geschäftsherrn nach d. streng subjektiven Prinzip 56

2. Die Formulierung des streng subjektiven Prinzips 73

Seite

3. Die Einschränkungen des streng subjektiven Prinzips 76
4. Die Verteilung der Beweislast beim streng subjektiven Prinzip 82

δ) Die Trennung von Übernahme und Ausführung des Geschäfts im gemeinen Rechte 84

b) Die Stellungnahme des B.G.B. 87

III. Die Ergebnisse im Zusammenhange 101

Schlußwort 106

Literaturverzeichnis.

Aarons, Beiträge zur Lehre der negotiorum gestio. 1860.

Archiv für civilistische Praxis, Bd. 20 S. 337 f. (v. Wächter); Bd. 32 S. 173 f.; Bd. 33 S. 25 f., 213 f.; Bd. 34 S. 59 f. (Ruhstrat); Bd. 80 S. 77 f. (Thon); Bd. 64 S. 110 f. (Ruhstrat); Bd. 82 S. 483 f. (Oertmann).

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 2. Auflage, München 1855.

Baron, Pandekten, 6. Auflage, Leipzig 1887; 9. Auflage, Leipzig 1896.

Bähr, Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines B.G.B., 2. Heft: II. Buch, Recht der Schuldverhältnisse; Kassel 1891.

Bermann, Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach schweizerischem Obligationenrecht; Züricher Dissertation, 1896.

Betzinger, Die Beweislast im Civilprozeß, 2. Auflage; Berlin 1904.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 2. Auflage, Bd. 1; Leipzig 1890.

Brinkmann, Das Verhältnis der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zueinander; Kiel 1855.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 1. Auflage, Bd. 1, Erlangen 1857; 2. Auflage, Bd. 2, Erlangen 1882.

Brückmann, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag; Jena 1903.

Chambon, Die negotiorum gestio, eine civilistische Abhandlung; Leipzig 1848.

Cohnfeld, Die Lehre vom Interesse; Leipzig 1865.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1; Jena 1899.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2; Tübingen und Leipzig 1900.

Dankwardt, Die negotiorum gestio; Rostock 1855.

Dernburg, Pandekten, 2. Auflage, Berlin 1888; 6. Auflage, Berlin 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 1. und 2. Auflage, Bd. 2, 2. Abteilung; Halle 1901.

Deutsche Juristenzeitung, 7. Jahrgang 1902 Nr. 22 (Schulzenstein).

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 8. Auflage, Bd. 1; Berlin 1903.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands, 2. Auflage; Berlin 1900.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, Bd. 1, II: Schuldverhältnisse, 2. Auflage; Marburg 1901.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht; Berlin 1896.

Funcke, Die actio funeraria, Hallenser Dissertation 1890.

Gierke, Der Entwurf des B.G.B. und das deutsche Recht; Leipzig 1889.

Gimmerthal, Die Lehre vom Interesse; Arnstadt 1876.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Bd. 5; Erlangen 1798.

Grote, Die Unterscheidung von notwendigen und nützlichen Geschäften bei der freiwilligen Geschäftsführung; Erlanger Dissert. 1899.

Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 5 S. 438 f. (v. Schey).

Haimerls österreichische Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissenschaft Bd. 1 (1858), Literaturblatt (Arndts), Bd. 14 (Unger).

Hänel, Versuch einer kurzen und faßlichen Darstellung der Lehre vom Schadensersatze; Leipzig 1823.

Heimbach, Erörterungen aus dem gemeinen und sächsischen Civilrechte und Civilprozesse, Bd. 1; Jena 1849.

Höpfner, Kommentar über die Heineccischen Institutionen; Frankfurt a. M. 1803.

Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts, Bd. 3; Leipzig 1864.

Ihering, Abhandlungen aus dem römischen Recht; Leipzig 1844.

Ihering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Teil, 1. Abtlg., 3. Auflage, Leipzig 1877.

Ihering, Der Zweck im Recht, 2. Auflage, Bd. 1; Leipzig 1884.

Isay, Die Geschäftsführung nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich; Jena 1900.

Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 4 S. 223 (Jacobi); Bd. 9 S. 223 (Ruhstrat); Bd. 19 S. 255 (Ruhstrat); Bd. 25 S. 42 f. (Kohler).

Juristische Wochenschrift für die preußischen Staaten, herausgegeben von Striethorst, 14. Jahrgang 1848 (Plathner).

v. Keller, Pandekten, Leipzig 1861.

Klattenhoff, Welchen Einfluß äußert auf den Ersatzanspruch aus der freiwilligen Geschäftsführung die Vereitelung des Erfolgs; Erlanger Dissertation 1892.

Klawki, Der Ersatzanspruch aus der auftraglosen Führung fremder Geschäfte mit besonderer Berücksichtigung des Verbots des Geschäftsherrn nach gemeinem Rechte und neueren Gesetzgebungen; Erlanger Dissertation 1898.

Köllner, Die Grundzüge der obligatio negotiorum gestorum; Göttingen 1856.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze, 2. Auflage, Bd. 1; Berlin 1903.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B., 2. Teil, erste Hälfte — Recht der Schuldverhältnisse; Berlin 1899.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 21 (Ruhstrat).

Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, Bd. 3 S. 173 (Stintzing), S. 161 (Dankwardt).

Kritz, Das Pandektenrecht, aus den Rechtsbüchern Justinians nach den Erfordernissen einer zweckmäßigen Gesetzgebung dargestellt, Teil I, Bd. 1; Meißen 1835.

Krückmann, Institutionen des B.G.B., 2. Auflage; Göttingen 1899.

Lasker, Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem B.G.B.; Erlanger Dissertation 1901.

Leist, Das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten, Heft 2 der civilistischen Studien aus dem Gebiete dogmatischer Analyse; Jena 1855.

Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts; Gießen 1825.

Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 3. Aufl.; Berlin 1900.

Meisner, Das B.G.B. für das Deutsche Reich nebst dem E.G., 2. Buch: Recht der Schuldverhältnisse; Breslau 1898.

Mengelberg, Der Einfluß des Fehlschlagens des Erfolges auf die Ersatzansprüche aus freiwilliger Geschäftsführung; Erlanger Dissertation 1896.

Mommsen, Zur Lehre vom Interesse; Braunschweig 1855.

v. Monroy, Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte; Rostock 1878.

Motive zum Entwurfe eines B.G.B. für das Deutsche Reich, Bd. 2, amtliche Ausgabe; Berlin 1896.

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts; Halle 1840.

Müller, Die Ansprüche des unbeauftragten Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn aus der Geschäftsführung; Greifswalder Dissertation 1904.

Münchhausen, Die Geschäftsführung ohne Auftrag; Leipziger Dissertation 1904.

Ogonowski, Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach österreichischem Rechte; Lemberg 1877.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, im Kommentar zum B.G.B.; Berlin 1899.

Planck, Das B.G.B. nebst E.G.; Berlin 1899.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B.G.B., Bd. 2; Berlin 1898.

Puchta, Pandekten, 5. Auflage, Leipzig 1830; 7. Auflage, Leipzig 1853.

v. Reinhardt, Ergänzungen zu Glücks Erläuterungen der Pandekten, Bd. 2, 1. Abteilung; Stuttgart 1835.

Richter, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn (actio negotiorum gestorum contraria) nach bürgerlichem Recht; Rostocker Dissertation 1901.

Rosenberg, Die Beweislast; Berlin 1900.

Ruhstrat, Über negotiorum gestio 1858.

Sattelmacher, Über die Gültigkeit und Bedeutung der gemeinrechtlichen Prozeßregel: „Affirmanti non neganti incumbit probatio"; Freiburger Dissertation 1902.

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5; Berlin 1841.

Schneider, Die allgemein subsidiären Klagen des römischen Rechts; Rostock 1834.

Scholkmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B.G.B. für das Deutsche Reich, Teil 4 vom „Recht des B.G.B. in Einzeldarstellungen"; Berlin 1897.

Schulz, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn; Rostocker Dissertation 1901.

Schweppe, Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, 4. Ausgabe, Bd. 3, fortgesetzt von Meyer; Göttingen 1831.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. 3, 6, 10, 11, 14, 21, 27, 36.

Seuffert, Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts.

Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, Bd. 2, 1. Auflage, Leipzig 1847; 2. Auflage 1861.

Staudinger, Kommentar zum B.G.B.; München 1901.

Stelzner, Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn nach dem B.G.B.; Straßburger Dissert. 1901.

Stölzel, Schulung für die civilistische Praxis, 2. Auflage; Berlin 1896.

Sturm, Das negotium utiliter gestum; Weimar 1878.
Sturm, Grundprinzip der negotiorum gestio; Berlin 1882.
Sturm, Die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich; Berlin 1897.
Spalding, Der Begriff des negotium utiliter gestum; Greifswalder Dissertation 1895.
Thibaut, System des Pandektenrechts, 5. Ausgabe, Bd. 2; Jena 1818.
Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, nach des Verfassers Tode herausgegeben von Huschke, 2 Bde.; Leipzig 1840.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Leitfaden für Pandektenvorlesungen, Bd. 3; Marburg und Leipzig 1847.
Voigt, Das jus naturale, Bd. 3; Leipzig 1875.
v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des Civilrechts, neueste Ausgabe, besorgt von Fritz.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage, Bd. 2; Frankfurt 1900.
Witte, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts; Halle 1858.
Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 8 (Kämmerer), Bd. 17 (Walther).
Zimmermann, Echte und unechte negotiorum gestio; Gießen 1872.

Einleitung.

Was bedeutet das „Interesse“ im § 683 B.G.B., und wie verhält es sich zum „Willen“? Was hat man sich unter einem „mutmaßlichen Willen“ vorzustellen, und was bedeutet es, wenn er im § 683 neben dem „wirklichen Willen“ steht? Das sind die Fragen, die in dieser Abhandlung gelöst werden sollen. Daß eine Untersuchung dieser Fragen berechtigt, ja notwendig ist, davon überzeugt ein Blick auf die Literatur zum § 683.

Über das Interesse haben sich zwei Meinungen gebildet. Die einen halten es, da es neben dem Willen genannt, also von diesem unterschieden wird, für ein objektives Moment, die anderen behandeln es dem gewöhnlichen Sprachgebrauche gemäß als etwas Subjektives. Danach trennen sich auch die Ansichten über das Verhältnis des Interesses zum Willen.

Auch über den mutmaßlichen Willen ist man nicht einig; die einen bezeichnen ihn als den Willen, den der Geschäftsführer bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt vermuten konnte, die anderen sehen in ihm den Willen, den der Richter mutmaßen muß, da der Geschäftsherr keinen wirklichen Willen hatte.

Im einzelnen sind folgende Lehren aufgestellt worden.

A. Die Behandlung von Interesse und Willen des Geschäftsherrn in der Literatur zum § 683 des B.G.B.

I. Das Interesse und sein Verhältnis zum Willen.

Um mit denen zu beginnen, die das Interesse für etwas Objektives halten, so sei zunächst Brückmann[1]) erwähnt. Er führt aus, daß das B.G.B. im § 683 einen neuen Interessebegriff aufgestellt habe. Nach der gemeinrechtlichen Anschauung, sagt er, seien Interesse und Wille identisch gewesen, dem Interesse des Geschäftsherrn habe nur das entsprochen, was er wirklich oder vermutlich gewollt habe. Das Bürgerliche Gesetzbuch aber trenne das Interesse vom Willen. Indem es die beiden Begriffe nebeneinanderstelle, scheide es das Willensmoment aus dem Begriffe des Interesses völlig aus. Man müsse daher, wenn man das Interesse des Geschäftsherrn prüfe, fragen: was entspricht dem Interesse dieses Mannes, wenn wir von dem, was er sich darunter vorstellt, absehen? Der Geschäftsherr stehe für diesen Fall in einer Reihe mit solchen, deren Willen das Recht nicht beachte, die keinen rechtlich relevanten Willen hätten. Das Interesse im § 683 habe also eine ähnliche Bedeutung, wie das „Beste" des Minderjährigen im § 5 B.G.B., und bei der Ermittelung des Interesses sei vor allem auf das zu sehen, was rein objektiv nötig, nützlich

[1]) Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag (1903) S. 114 f.

oder vorteilhaft sei. Aber wenn somit auch der Wille des Geschäftsherrn beim Interesse nicht mitzusprechen habe, so sei doch die gesellschaftliche Stellung, der Name, der Ruf des Geschäftsherrn, das Ansehen seiner Firma u. dgl. zu berücksichtigen, und zwar seien nicht nur die Umstände zu beachten, die der Geschäftsführer habe erkennen können, sondern alle Umstände, die tatsächlich vorhanden gewesen seien. Der Geschäftsführer trage die Gefahr des Irrtums.

Ähnlich ist die Ansicht Oertmanns,[2]) auf den sich auch Brückmann (S. 123) beruft. Oertmann hält das Interesse für ein objektives Moment, läßt aber nicht abstrakte Nützlichkeitserwägungen entscheiden, sondern fordert, daß die besondere Lage des Geschäftsherrn beachtet werde. So gibt er dem Geschäftsführer keinen Ersatzanspruch, wenn eine Schuld bezahlt ist, von der sich der Geschäftsherr durch Aufrechnung befreien konnte. Die Aufrechnung, sagt er, sei ein leichterer Zahlungsmodus, als die Zahlung mit barem Gelde, das Handeln liege also nicht im Interesse des Geschäftsherrn.[3]) Ähnlich sei es, wenn jemand eine Schuld zahle, die bald verjähren werde, und anzunehmen sei, daß die Verjährung nicht mehr würde unterbrochen worden sein.[4]) Ob der Geschäftsführer die besonderen Umstände habe erkennen können oder nicht, sei gleichgültig.

Hierher gehört auch Kuhlenbeck,[5]) der das Interesse ein objektives Requisit nennt, aber hervorhebt, daß eine an sich nützliche Geschäftsführung aus gewissen, besonderen Umständen unnütz sein könne, und Cosack,[6]) der dem „subjektiven

[2]) Kommentar zum B.G.B., Das Recht der Schuldverhältnisse (1899) S. 420 Nr. 1 zu § 683.

[3]) vgl. auch Oertmann, Arch. f. civ. Pr. Bd. 82 S. 485, 488.

[4]) vgl. auch civ. Archiv Bd. 82 S. 485.

[5]) Das B.G.B. für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze 2. Aufl. (1903) S. 559 Note 1 zu § 683.

[6]) Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 2. Aufl. (1899) Bd. 1 S. 561.

Erfordernisse" des Willens das „objektive Erfordernis" des Interesses gegenüberstellt, das Interesse aber doch nach der konkreten Lage des Geschäftsherrn bemißt.[7])

Das Lehrbuch von Enneccerus-Lehmann[8]) behandelt das Interesse ebenfalls als etwas Objektives, macht jedoch auf die Bedeutung des wirklichen Interesses aufmerksam. Es genüge nicht, wird betont, daß der Geschäftsführer überzeugt gewesen sei und überzeugt hätte sein dürfen, daß das Geschäft im Interesse des Geschäftsherrn liege, es sei vielmehr erforderlich, daß es wirklich in seinem Interesse gelegen habe.

Auch Staudinger,[9]) der gleichfalls von dem Interesse als etwas Objektivem spricht, ist der Meinung, die irrige Annahme, daß die Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsherrn liege, komme nicht in Betracht, wenn auch der Irrtum entschuldbar gewesen sei.

Als ein objektives Moment erscheint hier überall das Interesse, d. h. als ein Moment, über dessen Vorhandensein nicht der Geschäftsherr selbst zu entscheiden hat, sondern eine von seinem Willen unabhängige, unparteiische Anschauung. Zugleich aber wird betont, daß es sich um ein Interesse des Geschäftsherrn handle: es sind keine abstrakten Nützlichkeitserwägungen, die den Ausschlag geben, sondern maßgebend

---

[7]) Cosack führt nämlich als Beispiel für den Mangel des Interesses den Fall an, daß der Geschäftsführer eine baufällige Mauer ausgebessert hat, während der Geschäftsherr „die Mauer sowieso abreißen und durch ein Eisengitter ersetzen wollte, weshalb die Ausbesserung seinem Interesse nicht diente". Cosack kommt mit diesem Beispiele den Anhängern des subjektiven Interesses so weit entgegen, daß man ihn ohne weiteres zu diesen zählen müßte, wenn er nicht das Interesse ausdrücklich als ein objektives Erfordernis bezeichnete. vgl. unten S. 8.

[8]) Das bürgerliche Recht Bd. 1 II, Schuldverhältnisse 2. Aufl. (1901) S. 710; vgl. aber unten S. 8 Anm. 22.

[9]) Kommentar zum B.G.B. (1901) S. 514 Anm. 1 a α zu § 683; vgl. aber auch hier unten S. 8 Anm. 22.

sind die konkreten Verhältnisse des Geschäftsherrn, und diese wiederum so, wie sie wirklich sind, nicht wie sie dem Geschäftsführer erscheinen konnten. Was ist das aber für eine objektive, nach den konkreten Verhältnissen urteilende Anschauung? Wessen Anschauung ist gemeint? Nur die Verkehrsauffassung kann gemeint sein.

So sagt denn auch Dernburg,[10]) das Interesse des Geschäftsherrn sei beachtet, wenn die Geschäftsführung der Lage, den sozialen Verhältnissen des Geschäftsherrn nach den allgemeinen Anschauungen der bürgerlichen Gesellschaft entspreche.

Ebenso lehrt Crome,[11]) daß der Geschäftsführer das Interesse des Geschäftsherrn wahre, wenn er das tue, was nach den Verkehrsgrundsätzen in der besonderen Lage des Geschäftsherrn zu geschehen pflege.

Darin aber weicht Crome von allen anderen ab, daß er meint, es genüge, wenn der Geschäftsführer das Interesse des Geschäftsherrn so gut wie möglich wahrzunehmen suche, und es schade dem Geschäftsführer nicht, wenn er das tatsächliche Interesse des Geschäftsherrn verfehle.[12]) [13])

---

[10]) Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens 1. u. 2. Aufl. Bd. 2 2. Abt. (1901) S. 381. — Der Ansicht Dernburgs tritt Stelzner bei (Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag usw., Straßburger Dissertation 1901) S. 30.

[11]) System des bürgerlichen Rechts (1900) Bd. 2 S. 633—634.

[12]) a. a. O. S. 632. Crome spricht an dieser Stelle allerdings nicht vom Interesse aus § 683 im besonderen, sondern vom Interesse im allgemeinen, von der Nützlichkeit des Geschäfts, die das Interesse und den Willen umfaßt. Wir irren aber wohl nicht, wenn wir das, was für das Ganze gilt, auch für den Teil gelten lassen. Daß der entschuldbare Irrtum über den Willen des Geschäftsherrn nicht schaden soll, hebt Crome selbst ausdrücklich hervor (S. 634 unter b). Hierüber wird unten näher zu sprechen sein.

[13]) Ein objektives Interesse nehmen auch an Planck, Das B.G.B. nebst Einführ.-Ges. (1899) S. 425 und Lasker, Die Geschäftsführung

Und wie denken die Anhänger des objektiven Interesses über dessen Verhältnis zum Willen? Die Antwort fällt ihnen nicht schwer. Ist das Interesse etwas Objektives, so ist der Wille etwas Subjektives.[14]) Sie stellen ja gerade deshalb das Interesse als ein objektives Moment hin, weil sie für den Willen Raum schaffen wollen.

Anderseits halten sie aber den Willen doch nicht für das gerade Gegenteil des Interesses. Sie lehren vielmehr, daß beide verwandt seien der Art, daß man aus dem Interesse des Geschäftsherrn in der Regel seinen Willen folgern könne. So sagt Oertmann,[15]) mangels besonderer entgegenstehender Momente entspreche eine Geschäftsführung, die das Interesse des Geschäftsherrn wahre, auch dem vermutlichen Willen des Geschäftsherrn. Dem schließen sich Planck S. 432 Anm. 1 zu § 683, Dernburg S. 381, Crome S. 6, Brückmann S. 139 und Stelzner S. 36 an.[16]) Brückmann macht aber darauf aufmerksam, daß der Wille nur dann aus dem Interesse gefolgert werden dürfe, wenn sonstige besondere Willensspuren nicht zu erkennen seien.

---

ohne Auftrag nach dem B.G.B., Erlanger Dissertation (1901), S. 70. Sie erläutern aber ihre Auffassung nicht näher. Auch Schulzenstein (Deutsche Juristenzeitung 7. Jahrg. 1902 Nr. 22 S. 519 erste Spalte) hält das Interesse in den §§ 677 und 683 anscheinend für etwas Objektives, denn er will es durch das „Wohl", das „Beste", das „Gedeihen", den „Nutzen" oder „Vorteil" ersetzen.

[14]) Planck S. 425; Oertmann S. 420; Crome S. 633; Dernburg S. 381; Kuhlenbeck S. 559; Enneccerus-Lehmann S. 710; Staudinger S. 514, 515; Brückmann S. 117 ff., 123 ff.; Stelzner S. 35; Lasker S. 70.

[15]) a. a. O. S. 421 Note 5 zu § 683 S. 416 Note 2b Abs. 2 zu § 678.

[16]) Kuhlenbeck, Enneccerus-Lehmann, Staudinger und Lasker sprechen sich über die Verwandtschaft von Interesse und Willen nicht aus.

Und nun zu den Anhängern des subjektiven Interesses! Sie lehren, daß der Geschäftsherr und niemand anders darüber zu entscheiden habe, ob die Geschäftsführung in seinem Interesse liege oder nicht. Freilich tritt diese Lehre nicht bei allen gleich deutlich hervor. So findet man sie bei Meisner und Matthias nur angedeutet.

Meisner[17]) bezeichnet das Interesse weder als etwas Subjektives, noch als etwas Objektives, gibt aber durch ein Beispiel, dessen er sich bedient, zu erkennen, daß er den Geschäftsherrn selbst über sein Interesse entscheiden läßt. Er sagt, daß der Geschäftsführer für die Reparatur eines Gebäudes keinen Ersatz verlangen könne, wenn der Eigentümer das Gebäude, weil es für ihn überflüssig gewesen sei, habe verfallen lassen wollen.[18]) Das Beispiel ist der l. 9 (10) § 1 D. de neg. gest. 3, 5 entnommen, der Kardinalstelle der Digesten über die actio negotiorum gestorum contraria. Zwar berufen sich auf diese Stelle auch Anhänger des objektiven Interesses, so Crome, aber in einem anderen Sinne. Crome[19]) meint: „Alte Inventarstücke läßt man lieber verfallen, als daß man sie mit großen Kosten wiederherstellt. Und wer kein Geld hat, unternimmt keine kostspieligen Reparaturen und dergl. (s. schon l. 9 § 1 D. 3, 5). Das Verkehrsleben verweist uns auf das, was unter gegebenen Verhältnissen als das Normale erscheint." Also Crome läßt die Geschäftsführung darum nicht gelten, weil ihr Gegenstand nach der Verkehrsauffassung überflüssig war, Meisner dagegen erkennt sie allein deshalb nicht an, weil der Geschäftsherr über den Gegenstand bereits anders beschlossen hatte. Im einen Falle

[17]) Das B.G.B. für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse (1898), S. 218 Note 2 zu § 683.

[18]) vgl. den ähnlichen von Cosack angeführten Fall oben S. 4 Anm. 7.

[19]) a. a. O. S. 633 Anm. 6.

bestimmt die Verkehrsauffassung das Interesse, im anderen der Geschäftsherr selbst.

Matthias[20]) spricht sich dahin aus, daß bei der Prüfung, ob das Interesse gegeben sei, alle Umstände berücksichtigt werden müßten, auch solche, die dem Geschäftsführer entschuldbarerweise unbekannt geblieben seien. Das meinen freilich auch die Verteidiger des objektiven Interesses, aber Matthias nennt das Interesse nicht etwas Objektives, und darin liegt hier der Unterschied. Denn — das muß hier vorweggenommen werden — wer das Interesse nicht ausdrücklich als ein objektives Moment bezeichnet, der faßt es als etwas Subjektives auf. Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche nämlich, und dem folgt auch das Bürgerliche Gesetzbuch, soweit es nicht ein anderes unzweideutig erkennen läßt, hat das Interesse eine subjektive, ja eine ausgesprochen subjektive Bedeutung. Das geben auch die Vertreter der objektiven Auffassung zu, so Brückmann,[21]) wenn er mit allem Nachdrucke betont, es sei an sich undenkbar, irgend einem, der einen rechtlich relevanten Willen habe, mehr Interesse aufzudrängen, als er für sich selbst sehe; nur die Stellung des Interesses im § 683 zwinge zu einem solchen Verfahren. Wenn also Matthias, ohne das Interesse als etwas Objektives zu bezeichnen,[22]) verlangt, daß alle Umstände beachtet

---

[20]) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 1 S. 688 3. Aufl. (1900).

[21]) a. a. O. S. 123.

[22]) Enneccerus-Lehmann und Staudinger stehen Matthias ohne Zweifel sehr nahe. Wenn sie trotzdem unter den Anhängern des objektiven Interesses aufgeführt wurden, so geschah dies nur wegen ihrer Äußerung, daß die Übernahme der Geschäftsführung „objektiv" dem Interesse des Geschäftsherrn entsprechen müsse. Es ist möglich, daß sie hiermit nicht beabsichtigen, das Interesse dem Willen gegenüberzustellen, sondern daß sie mit dem Worte „objektiv" nur den Gegensatz des wirklichen Interesses zu der Meinung des Geschäftsführers ausdrücken wollen

werden müßten, auch wenn sie dem Geschäftsführer nicht hätten bekannt sein können, so will er damit sagen, daß es auf das wirkliche Interesse, wie es der Geschäftsherr verstehe, ankomme.

Mit aller Bestimmtheit tritt Endemann[23]) für das subjektive Interesse ein, wenn er sagt, es entscheide nicht das nach objektivem Maßstabe Angemessene oder Vernünftige, vielmehr gelte, daß jeder seine Angelegenheiten einrichten dürfe, wie er wolle, und daß die freie und sogar willkürliche Selbstbestimmung auch nicht durch den „hilfreichen" Eingriff eines anderen beeinträchtigt werden dürfe. Es möge noch so sehr im Interesse einer guten Bewirtschaftung liegen, daß das Haus neu angestrichen, das Dach ausgebessert, die dem Uhrmacher zur Regulierung übergebene Uhr mit neuem Zapfen versehen, die benutzten Bücher endlich eingebunden würden: der Geschäftsherr brauche dies alles weder zu dulden noch anzuerkennen.

Ebenso entschieden vertritt Schollmeyer[24]) das subjektive Interesse. Er lehrt:

„Der Streit über die Bedeutung des negotium utiliter gestum ist gegen die Doktrin, welche das Interesse des Geschäftsherrn nach objektivem Maß bemessen will, entschieden. Die Geschäftsführung liegt nach dem Gesetz nur dann im Interesse des Geschäftsherrn, wenn der Geschäftsführer so handelt, wie der Geschäftsherr bei Kenntnis der einschlagenden Verhältnisse vermutlich gehandelt haben würde. Der Geschäftsführer muß also das Interesse des Geschäftsherrn so wahr-

---

(vgl. Planck a. a. O. S. 431—432 Anm. 1 zu § 683). Ist das ihr Zweck, so gehören auch sie unter die Verfechter des subjektiven Interesses.

[23]) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Einführung in das Studium des B.G.B. 8. Aufl. 1903 Bd. 1 S. 1122.

[24]) Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B.G.B. für das Deutsche Reich (1897) S. 101.

genommen haben, wie mutmaßlich letzterer es verstand. Er muß das Interesse wahrgenommen haben. Interesse mußte also vorliegen. Irrt sich daher der Geschäftsführer über das Vorhandensein von Interesse, so hat er keine Klage. Liegt aber Interesse vor, so hat der Geschäftsführer nur dann eine Klage, wenn er sich bei Wahrnehmung desselben nicht mit dem wirklichen oder vermutlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch setzte. Deswegen zessiert seine Klage, wenn er gegen den Willen des Geschäftsherrn handelte, sollte dieser Wille auch noch so unsinnig sein, sei es, daß der Wille des Geschäftsherrn gegen die Geschäftsführung überhaupt oder auch nur gegen die Person dieses Geschäftsführers gerichtet war."

Hier ist das subjektive Interesse scharf gefaßt. Zugleich aber zeigt sich eine Erscheinung, die sich bei allen den Vertretern des subjektiven Interesses findet, die wie Schollmeyer tiefer in das Problem eindringen: der Raum für den Willen wird etwas eng. Der Fall, daß der Geschäftsherr entgegen seinem Interesse die „Geschäftsführung überhaupt" nicht will, paßt nur für den wirklichen, nicht aber für den mutmaßlichen Willen. Denn wie könnte wohl der Geschäftsherr, wenn die Geschäftsführung in seinem Interesse liegt, also der Geschäftsführer „so handelt, wie der Geschäftsherr bei Kenntnis der einschlagenden Verhältnisse vermutlich selbst gehandelt haben würde", wie könnte der Geschäftsherr die Geschäftsführung vermutlich doch nicht wollen? Es bleibt also für den mutmaßlichen Willen nur der Fall, daß dem Geschäftsherrn die Person des Geschäftsführers vermutlich nicht genehm ist, und das ist doch recht wenig.

Noch eingehender wird das subjektive Interesse und sein Verhältnis zum Willen von Schulz[25]) behandelt. Schulz führt aus:

[25]) Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag usw., Rostocker Dissertation (1901), S. 26 f.

„Das Interesse wird vom Bürgerlichen Gesetzbuche nicht näher bestimmt. Es ist daher dieser Begriff im natürlichen Sinne des Wortes auszulegen, nach welchem das Interesse des Geschäftsherrn auf dem ureigensten Willen desselben beruht . . . Die Frage . . . ist völlig subjektiv zugunsten des Geschäftsherrn entschieden. Nur eine solche Übernahme ist als seinem Interesse entsprechend anzusehen, die sein Wille, selbst sein launenhafter oder dem Geschäftsführer unbekannter Wille zu einer solchen stempelt. So kann einerseits die notwendigste oder nützlichste Geschäftsführung durch seinen konkreten Willen sich als interessewidrig herausstellen, eine an sich überflüssige durch seinen Willen interesseentsprechend erscheinen.

Allein die Intentionen des Geschäftsherrn entscheiden über sein Interesse an einer Handlung. Jede andere Auffassung des Begriffs hätte besonderer Erklärung desselben bedurft.

Der bloße Einwand, er habe trotz aller Wahrscheinlichkeit die Geschäftsführung nicht gewünscht, wird freilich nie genügen, den Richter von dem Vorhandensein eines solchen Willens zu überzeugen. Der Geschäftsherr wird vielmehr Tatsachen anführen müssen, welche diesen Willen dartun."

Schulz meint also, daß sich das Interesse ganz und gar nach dem Willen des Geschäftsherrn bestimme. Wozu aber dann die Trennung beider im § 683? Wenn Interesse und Wille eins sind, weshalb setzt dann das Bürgerliche Gesetzbuch den Willen nochmals besonders neben das Interesse? Schulz hilft sich folgendermaßen:

„Wenn die Geschäftsführung auch dem Interesse des Geschäftsherrn wirklich diente, so ist damit noch nicht gesagt, daß er diesen Dienst geleistet zu haben wünscht. Es kann ihm unter Umständen sehr zuwider sein, daß ein Fremder in seine Geschäfte eingreift und sich damit einen indiskreten Ein-

blick in seine Privatangelegenheiten verschafft, er kann gegen die Person des Geschäftsführers selbst im besonderen Falle eingenommen sein, kurz es ist gern möglich, daß er eine an und für sich nützliche Handlung doch nicht von einem Dritten oder gerade von diesem Dritten vorgenommen haben will.

Dieser Wille, welcher die Übernahme einer nützlichen Geschäftsführung zulässig erscheinen läßt, ist von jenem das Interesse begründenden offenbar ganz verschieden."

Nach Schulz ist es also der Wille, vertreten zu werden,[26]) der im § 683 gemeint ist.

Dazu ist zu bemerken, daß von einem Willen, vertreten zu werden, im § 683 nichts steht. Im § 683 steht, daß „die Übernahme der Geschäftsführung" dem Willen des Geschäftsherrn entsprechen soll. Hierzu gehört aber mehr, als daß der Herr vertreten werden will. Gesetzt, der Herr habe nichts dagegen, vertreten zu werden, habe auch gegen die Person des Geschäftsführers nichts einzuwenden, er mißbillige aber die vom Gestor gewählte Geschäftsart oder wünsche, daß mit der Vornahme des Geschäfts noch kurze Zeit gewartet werde: könnte man dann im Ernste behaupten, die Übernahme der Geschäftsführung entspreche trotzdem dem Willen des Geschäftsherrn, da er ja habe vertreten werden wollen?

Schulz könnte entgegnen, dergleichen behaupte er gar nicht, auch er meine in solchen Fällen, daß gegen den Willen des Herrn gehandelt werde, aber nicht gegen den Willen, der im § 683 neben dem Interesse genannt werde, sondern gegen den Willen, der nach seiner Theorie dem Interesse zugrunde liegen müsse.

Aber das ist ja gerade die Einschränkung des Willens zugunsten des Interesses, die man den Anhängern des subjektiven Interesses vorwerfen muß: dem Interesse wird ein

---

[26]) vgl. unten S. 62 Anm. 126.

Wille zugrunde gelegt, von dem im Gesetze nichts zu entdecken ist, und dafür wird der vom Gesetze ausdrücklich hervorgehobene Wille auf ein Minimum beschränkt.

Noch schlimmer ergeht es dem Willen bei Isay.[27]) Das Interesse ist auch nach Isay etwas Subjektives. „Ob die Geschäftsführung dem beherrschenden Interesse gemäß ist, darüber steht prinzipiell dem Träger dieses Interesses das Urteil zu." Und der Wille? „Entscheidend ist lediglich das Interesse des Dominus" (S. 133—134), „der Regreß des Gestors setzt voraus, und nur voraus, daß interessegemäß gehandelt ist" (S. 136). Isay interpretiert den Willen aus dem § 683 vollständig hinaus.[28]) Wie er das zuwege bringt, darüber wird bei der Besprechung des „mutmaßlichen Willens" zu berichten sein.

II. Der mutmaßliche Wille und sein Verhältnis zum wirklichen Willen.

Auch hier stehen sich, wie schon in der Einleitung bemerkt wurde, zwei grundverschiedene Meinungen gegenüber. Die eine Gruppe versteht unter dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn den Willen, den der Geschäftsführer unter Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vermuten darf, die andere einen Willen, der vom Richter zu mutmaßen ist, weil der Geschäftsherr keinen wirklichen Willen hatte.[29])

---

[27]) Die Geschäftsführung nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich (1900) S. 133.

[28]) Isays Ansicht teilt im wesentlichen Richter, Die Rechte des Geschäftsführers usw., Rostocker Dissertation (1901), S. 14—15.

[29]) Dieser Meinungsverschiedenheit sind sich anscheinend beide Teile nicht bewußt. Bei beiden Parteien kennt man nur die eigene Ansicht und läßt die Gegenansicht unbeachtet. Und doch haben beide, wie wir

Es wird der Kürze halber gestattet sein, in dem einen Falle von einem putativen, in dem anderen von einem präsumtiven Willen zu sprechen. Den putativen Willen vertreten Crome, Schulz, Richter, Stelzner, Isay und Brückmann, den präsumtiven Enneccerus-Lehmann, Meisner, Matthias und Schollmeyer.

Crome[30]) sagt über den wirklichen und den mutmaßlichen Willen, der Handelnde müsse den ihm bekannten Absichten oder in deren Ermangelung dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn folgen, handle also nur nützlich, wenn er etwas tue, wovon er hätte annehmen können, daß es auch der Herr, falls er in der Lage gewesen wäre, getan haben würde. Der wirkliche Wille ist nach Crome also nur dann zu beachten, wenn er dem Geschäftsführer bekannt oder doch für ihn erkennbar war,[31]) und der mutmaßliche Wille ist der Wille, den der Geschäftsführer vermuten durfte.

Eine ähnliche Auffassung hat Schulz,[32]) nur daß er seiner Theorie gemäß allein vom Willen, vertreten zu werden, spricht. Über den wirklichen Willen meint er, der Geschäftsherr müsse sich, wenn er seinen Willen geäußert habe, auch gefallen lassen, wenn diesem Willen entsprechend ein Geschäftsführer eingegriffen habe. Vom mutmaßlichen Willen sagt er, es sei zweckmäßig, daß er ausreiche, denn wenn der Geschäftsherr erst einmal durch den strengen Interessebegriff gesichert sei, so dürfe man nun, was den Vertretungswillen auf seiner Seite angehe, milder gegen den Geschäftsführer sein. Sobald dieser nur mit Recht habe vermuten können, daß sein Eintritt,

---

sehen werden, fast nichts miteinander gemein. — Der einzige, der mit einer entgegengesetzten Ansicht rechnet, ist Schollmeyer; vgl. unten S. 20.

[30]) a. a. O. S. 634; vgl. auch S. 633, 614 und 617.

[31]) a. a. O. S. 634 Anm. 12.

[32]) a. a. O. S. 29 f.

der dem Interesse des Herrn entsprochen habe, auch erwünscht sei, so möge er mit der Beruhigung eingreifen dürfen, daß ihm der Ersatz seiner Auslagen sicher sei. Der Geschäftsführer habe also nur zu prüfen, wenn das Geschäft im Interesse des Geschäftsherrn liege, ob dieser auch vermutlich damit einverstanden sei, daß ein anderer und speziell er als Geschäftsführer eintrete. Gehe er dabei leichtsinnig zu Werke, so daß man nicht sagen könne, der Herr sei vermutlich einverstanden mit seinem Eingreifen, so sei dies freilich sein Schade. Lägen aber Umstände vor, die ihn wie jeden anderen in seiner Lage auch berechtigten, das Einverständnis des Herrn zu präsumieren, und habe er auch widersprechende Umstände nicht leichtfertig außer acht gelassen, so sei er genügend geschützt.

Stelzner[33]) äußert über den wirklichen und den mutmaßlichen Willen: „Die Übernahme der Geschäftsführung muß entweder dem Willen des Dominus entsprechen oder es muß wenigstens der Gestor unter Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt annehmen können, daß der Geschäftsherr mit der Geschäftsführung einverstanden ist."

Und Richter[34]) erklärt: „Es genügt — aus der gleichwertigen Nebeneinanderstellung des wirklichen und des mutmaßlichen Willens zu schließen —, wenn die Übernahme entweder dem Interesse und dem wirklichen Willen des Geschäftsherrn oder dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen desselben entspricht. Als mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn haben wir wohl den Willen anzusehen, den der Geschäftsherr, wie der Geschäftsführer unter Berücksichtigung der persönlichen Neigungen des Geschäftsherrn annehmen durfte, bei Kenntnis der Sachlage gehabt haben würde."

---

[33]) a. a. O. S. 35.
[34]) a. a. O. S. 15.

Nach diesen Ansichten kommt also der wirkliche Wille nur in Betracht, wenn der Geschäftsführer ihn kennt oder kennen muß. In allen übrigen Fällen genügt es, wenn der Geschäftsführer bei Beobachtung der nötigen Sorgfalt vermuten konnte, daß die Übernahme der Geschäftsführung dem Willen des Geschäftsherrn entspreche.

Dabei kommt der wirkliche Wille sehr schlecht weg, das ist unverkennbar. Denn wozu ist dem Geschäftsherrn noch sein wirklicher Wille nütze, wenn der Geschäftsführer sagen kann, er habe nichts davon gewußt und darum auch nichts damit zu schaffen? Die Anhänger des putativen Willens bekennen denn auch selbst, daß nach ihrer Lehre der wirkliche Wille nur eine sehr untergeordnete Bedeutung habe, so namentlich Brückmann und Isay. Ja, diese gehen durchaus folgerichtig noch einen Schritt weiter und schieben nicht allein den wirklichen, sondern auch den mutmaßlichen Wille beiseite. Denn da der mutmaßliche Wille aus dem Interesse gefolgert werden kann, so schließen sie, genügt das Interesse allein. Brückmann zieht diesen Schluß allerdings nur für eine Gruppe von Fällen, Isay aber für alle Fälle.

Brückmann[35]) äußert sich sehr ausführlich und beruft sich auf zahlreiche Schriften der älteren und neueren Literatur.[36]) Sein Gedankengang ist folgender: Unter dem mutmaßlichen Willen ist ein Wille zu verstehen, den der Geschäftsführer mutmaßen darf. Der Geschäftsführer darf aber nur mutmaßen, soweit ihm der wirkliche Wille unbekannt ist. Bei der Mutmaßung hat der Geschäftsführer zunächst darauf zu sehen, ob irgendwelche Willensspuren vorhanden sind. Sind keine Willensspuren erkennbar, so darf er den Willen aus

---

[35]) a. a. O. S. 123 f.

[36]) Die von Brückmann zitierten Schriften werden im Laufe der Untersuchung noch näher berücksichtigt werden.

dem Interesse folgern. In diesem Falle reduzieren sich die Erfordernisse des § 683 auf das Interesse.

Isays[37]) Ansicht ist: „Hinsichtlich der Übernahme knüpft der § 683 die obligatio des Dominus daran, daß der Gestor damit dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des ersteren entsprochen hat. Der wirkliche und der mutmaßliche Wille des Dominus stehen hier gleichwertig nebeneinander, es genügt also die Übereinstimmung zwischen Interesse und mutmaßlichem Willen. Was ist nun aber der mutmaßliche Wille? Derjenige, auf den der Gestor unter Berücksichtigung der ganzen Sachlage, unter Berücksichtigung ferner der persönlichen Neigungen des Herrn, insoweit er sie kennt oder durch Erkundigung hätte erfahren können, schließen muß. Mit anderen Worten, da der Gestor hier regelmäßig auf das schließen wird, was jeder vernünftige Mensch in einem solchen Falle täte: dieser mutmaßliche Wille des Dominus ist regelmäßig nichts Subjektives, sondern etwas Objektives, nämlich das objektiv verstandene Interesse, und der ganze Zusatz hat lediglich die Bedeutung, daß der Gestor bei seinen Erwägungen die ihm bekannten individuellen Maßgaben des Dominus nicht außer acht lassen darf, was wiederum in den Fällen, wo diese offenbar interessewidrig sind und in denen auch der Dominus anders gehandelt hätte, nicht gilt. Damit hätten wir auch für die auftraglose Geschäftsführung[38]) den Satz, den auch die Geschichte der Fassung des § 683 bestätigt: der Regreß des Gestors setzt voraus, und nur voraus, daß interessegemäß gehandelt ist." —

Diesen Anhängern des putativen Willens gegenüber haben die Vertreter des präsumtiven Willens den Vorteil, daß sie sich strenger als jene an den Wortlaut des Gesetzes halten.

[37]) a. a. O. S. 135—136.

[38]) Daß das Interesse des Geschäftsherrn allein entscheide, führt Isay (S. 132) zunächst für alle Geschäftsführungen im allgemeinen aus.

Der § 683 lautet nicht: „Hat der Geschäftsführer mit der Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entsprochen, so . . .", wie Isay ihn wiedergibt,[39]) sondern die Worte des Gesetzes sind: „Entspricht die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, so . . ." Das ist ein bedeutender Unterschied. Und dieser Unterschied kommt den Vertretern des präsumtiven Willens zugute, wenn sie sagen: Nicht auf die Sorgfalt des Geschäftsführers kommt es an, sondern auf die Tatsache, daß die Geschäftsübernahme dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht. Trifft der Geschäftsführer den Willen des Geschäftsherrn nicht, so ist ihm nicht zu helfen und die größte Sorgfalt nützt ihm nichts. Unter dem wirklichen Willen ist daher nicht nur der dem Geschäftsführer bekannte Wille des Geschäftsherrn zu verstehen, nein, der wirkliche Wille umfaßt alle die Fälle, wo der Geschäftsherr die Geschäftsführung wirklich wollte oder nicht wollte, einerlei ob dieser Wille dem Geschäftsführer bekannt war. Dieser wirkliche Wille des Geschäftsherrn soll an erster Stelle entscheiden. War dem Geschäftsherrn aber die Sachlage nicht bekannt, so daß er einen wirklichen Willen nicht hatte und nicht haben konnte, so tritt der mutmaßliche Wille an die Stelle des wirklichen und es fragt sich: Würde der Geschäftsherr die Geschäftsführung gewollt haben, wenn er die Sachlage gekannt hätte? Das ist ganz etwas anderes als: Konnte der Geschäftsführer vermuten, daß der Geschäftsherr die Geschäftsführung wolle? Im ersten Falle kommt es darauf an, welche Umstände tatsächlich vorgelegen haben und ob sie die Annahme begründen, daß der Geschäftsherr die

[39]) vgl. den ersten Satz der Isayschen Ausführungen.

Geschäftsführung bei Kenntnis der Sachlage gewollt haben würde, im zweiten Falle handelt es sich darum, welche von jenen tatsächlichen Umständen dem Geschäftsführer bekannt sein konnten und ob der Geschäftsführer aus den für ihn erkennbaren Umständen einen richtigen Schluß auf den Willen des Geschäftsherrn gezogen hat; im ersten Falle mutmaßt der Richter, im zweiten mutmaßt der Geschäftsführer und der Richter prüft nur nach, ob der Geschäftsführer dabei sorgfältig zu Werke gegangen ist.

Klar und deutlich vertritt Enneccerus[40]) das Prinzip des präsumtiven Willens, wenn er lehrt, daß die Übernahme der Geschäftsführung nicht dem vom Geschäftsführer nach seiner vielleicht lückenhaften Kenntnis der Umstände zu vermutenden Willen des Geschäftsherrn entsprechen müsse, sondern dem Willen, wie er bei objektiver Betrachtung der gesamten Umstände als Regel anzunehmen sei.

Matthias[41]) äußert sich ähnlich. Er sagt: „Die Übernahme der Geschäftsführung muß mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn übereinstimmen, diese Übereinstimmung wird nicht ersetzt durch die entschuldbar irrtümliche Annahme der Übereinstimmung. Bei der Prüfung der Existenz der Übereinstimmung sind also alle Umstände zu berücksichtigen, auch solche, die dem Geschäftsführer entschuldbarerweise unbekannt geblieben waren.

Den wirklichen, von der Kenntnis des Geschäftsführers unabhängigen Willen betont Meisner[42]) in folgender Weise: „In Übereinstimmung mit dem ersten Entwurfe geht das Bürgerliche Gesetzbuch in erster Reihe davon aus, daß die Geschäftsführung dem wirklichen Willen des Geschäftsherrn

---

[40]) a. a. O. S. 710.
[41]) a. a. O. S. 688.
[42]) a. a. O. S. 218 Note 1 Abs. 5 zu § 683.

entsprechen müsse.[43]) Es ist dabei nicht, wie betreffs des Schadensersatzanspruchs des Geschäftsherrn (§ 678), ein Verschulden des Geschäftsführers vorausgesetzt, d. h. es kommt in den Fällen des § 683 nicht darauf an, ob der Geschäftsführer bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt den Willen des Geschäftsherrn erkennen mußte."

Den Unterschied zwischen dem mutmaßlichen und dem wirklichen Willen erläutert Schollmeyer[44]) kurz und scharf so: „Mutmaßlicher Wille ist der in Wirklichkeit nicht vorhandene Wille, dessen Vorhandensein man aber nach Lage des Falles annehmen durfte. Der Gegensatz ist nicht ‚bekannter' und ‚mutmaßlicher' Wille."[45])

Hier könnte das Imperfektum „durfte" stutzig machen, als wenn dadurch auf die Sorgfalt des Geschäftsführers abgestellt werden sollte. Die Wendung erklärt sich aber daraus, daß Schollmeyer an dieser Stelle vom § 678 spricht, in dem ja besonders verlangt wird, daß der Geschäftsführer den abweichenden Willen des Geschäftsherrn habe erkennen müssen. Schollmeyer fährt nämlich fort: „Der Geschäftsführer hat also vor allen Dingen die Geschäftsführung ganz zu unterlassen, wenn er erkennen konnte, daß er sich durch die Übernahme derselben mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch setze . . . (§ 678)." Daß Schollmeyer den mutmaßlichen Willen im § 683 als einen präsumtiven Willen auffaßt, ergibt seine Bemerkung (S. 101 bis 102): „Auch macht es für den Ausschluß der actio negotio-

---

[43]) Auch Endemann a. a. O. S. 808 sagt, der Geschäftsführer handle auf eigene Gefahr: treffe er den Willen des Geschäftsherrn nicht, so sei sein Eingriff in dessen Vermögen widerrechtlich und der Geschäftsherr brauche die für ihn vollzogenen Rechtsgeschäfte nicht anzuerkennen.

[44]) a. a. O. S. 99.

[45]) a. a. O. Anm. 2 S. 99.

rum gestorum contraria keinen Unterschied, ob der Verstoß des Geschäftsführers gegen den Willen des Geschäftsherrn auf einem entschuldbaren oder unentschuldbaren Irrtum beruht."[46])

III. Interesse und Wille im Falle des § 683 Satz 2 B.G.B.

Die Meinungsverschiedenheit über das Interesse und den Willen des Geschäftsherrn im § 683 B.G.B. greift auch in den zweiten Satz dieses Paragraphen hinüber.

Da nämlich im § 683 Satz 2 nur der Wille und nicht auch das Interesse des Geschäftsherrn als unerheblich hingestellt wird, so verlangen die Anhänger des objektiven Interesses, nach deren Meinung ja das Interesse jeder subjektiven Beimischung entbehrt, daß in den Fällen des § 683 Satz 2 auch wirklich nur vom Willen abgesehen, das Interesse aber nach wie vor beachtet werden solle. Die Anhänger des subjektiven Interesses hingegen, die eben den Willen des Geschäftsherrn auch mehr oder weniger über das Interesse entscheiden lassen,

---

[46]) Dernburg, Cosack, Kuhlenbeck, Planck, Oertmann, Staudinger und Lasker äußern sich über das Wesen des mutmaßlichen Willens und sein Verhältnis zum wirklichen Willen nicht. Nicht festzustellen ist, zu welcher Gruppe Engelmann (Das bürgerliche Recht Deutschlands 2. Aufl. (1900) S. 461) gehört. Er bemerkt: „Es muß ein Geschäft besorgt worden sein, das auch der Geschäftsherr selbst voraussichtlich würde vorgenommen haben." Das „voraussichtlich" spricht für den putativen, das „würde vorgenommen haben" für den präsumtiven Willen. Die neuesten Dissertationen über die Geschäftsführung ohne Auftrag: Münchhausen, Die Geschäftsführung o. A., Leipziger Dissertation 1904, und Müller, Die Ansprüche des unbeauftragten Geschäftsführers usw., Greifswalder Dissertation 1904, gehen auf den Willen und das Interesse überhaupt nicht ein.

sind der Ansicht, daß beim § 683 Satz 2 mit dem Willen auch das Interesse des Geschäftsherrn unberücksichtigt bleiben müsse.

Unter den Vertretern des objektiven Interesses beschäftigen sich mit dieser Frage Oertmann, Cosack, Stelzner und Brückmann, unter den Verteidigern des subjektiven Interesses nur Isay und Schulz.

Oertmann[47]) meint, im Falle des § 683 Satz 2 sei zwar das Erfordernis des Willens nicht zu beachten, das Erfordernis des objektiven Interesses müsse aber auch hier vorhanden sein, das ergebe sich aus Wortlaut und Sinn des § 683. Ebenso bemerkt Cosack,[48]) daß beim § 683 Satz 2 das erste subjektive Erfordernis (der Wille) nicht erfüllt zu sein brauche, wogegen dem zweiten objektiven Erfordernisse (dem Interesse) genügt werden müsse. Der Meinung Cosacks schließt sich Stelzner[49]) an, indem er zugleich Schulz wegen seiner gegen Cosack gerichteten Ausführungen angreift. Brückmann[50]) endlich nimmt an, daß im § 683 Satz 2 nur an die Stelle des Willenserfordernisses das des öffentlichen Interesses getreten sei, das objektive Interesse aber, insoweit es von jenem nicht konsumiert werde, kumulativ maßgebend bleibe.

Dagegen sagt Schulz,[51]) der Interessebegriff werde hier dadurch modifiziert, daß der subjektive Wille des Geschäftsherrn als Bildungselement seines Interesses eliminiert werde, so daß nur objektive Merkmale der Nützlichkeit übrig blieben, die das Bürgerliche Gesetzbuch eben darin sehe, daß die öffentlichen, oder gesetzlichen Unterhaltspflichten ohne das Eintreten des

---

[47]) a. a. O. S. 420 Anm. 2 zu § 683.
[48]) a. a. O. S. 561 unter 2.
[49]) a. a. O. S. 33—34.
[50]) a. a. O. S. 157.
[51]) a. a. O. S. 32.

Geschäftsführers nicht rechtzeitig würden erfüllt werden können. Und in demselben Sinne äußert Isay,[52]) es handle sich hier um einen Fall, in dem der Wille des Dominus seine maßgebende Bedeutung für das Interesse verliere, da dieses Interesse aus sozialen oder sittlichen Gründen der Willkür seines einzelnen Trägers entzogen sei.

[52]) a. a. O. S. 136.

B. Stellungnahme zur Literatur.

Es heißt nun, alle diese Ansichten zu prüfen und zu sondern, und zwar fragt es sich zunächst, welche von den Meinungen über das Interesse richtig ist.

Hier kann die Antwort nur lauten: Keine von allen!

Denn die Anhänger des objektiven Interesses behaupten, daß das Bürgerliche Gesetzbuch mit dem Ausdrucke „Interesse" etwas ganz anderes bezeichne, als der gewöhnliche Sprachgebrauch. Solange aber noch irgend eine Möglichkeit besteht, wonach das Bürgerliche Gesetzbuch dem gewöhnlichen Sprachgebrauche folgt, solange kann auch eine Abweichung nicht zugegeben werden. Denn das Bürgerliche Gesetzbuch spricht keine andere Sprache, wie das Volk, für das es geschrieben ist.

Die Anhänger des subjektiven Interesses hingegen geraten von der Charybdis in die Scylla. Sie vermeiden den Fehler der objektiven Auffassung, verfallen aber dafür in eine Einschränkung des Willens.

Da wird man denn vor dem Versuche nicht zurückschrecken dürfen, zwischen der Scylla und Charybdis hindurchzusteuern, ein subjektives Interesse zu suchen, das dem Willen genügend Raum läßt.

Und nicht allein das Interesse erfordert eine selbständige Untersuchung, auch der Wille erheischt eine solche.

Zu einer Entscheidung, wie beim Interesse, daß keine von allen Ansichten zutreffe, kann es hier zwar nicht kommen, denn wenn jene Entscheidung damit begründet wurde, daß von beiden Parteien den Worten des Gesetzes Gewalt angetan werde, so ist hier ohne weiteres klar, daß nur die eine Partei, die Partei des putativen Willens, sich vom Gesetzestexte entfernt, während die andere, die Partei des präsumtiven Willens, sich streng an ihn hält. Die Wahl kann hier also nicht schwer fallen. Aber es handelt sich, wie schon gelegentlich bemerkt wurde, um eine unbewußte Meinungsverschiedenheit. Man erhält daher von der Partei, der man sich anschließen will, keinerlei Unterstützung und muß also auch hier versuchen, sich selbst weiterzuhelfen.

Sollte es gelingen, die Bedeutung des Interesses und Willens des Geschäftsherrn aufzufinden, so wird die Auslegung des § 683 Satz 2 nicht mehr schwierig sein. Wie man diese Vorschrift auffassen will, hängt eben ganz davon ab, welche Ansicht man sich über das Interesse und sein Verhältnis zum Willen bildet. Ist man hier zu einer endgültigen Entscheidung gelangt, so ist damit zugleich die Auslegung des § 683 Abs. 2 gegeben.

Bei der Herleitung des Interesses und Willens wird davon auszugehen sein, daß es sich um die Interpretation eines Gesetzestextes handelt. Man wird sich daher zunächst im Gesetze selbst umsehen müssen. Gibt das Gesetz aber keinen genügenden Aufschluß, so wird auf die Dogmengeschichte zurückzugehen sein, denn da das Bürgerliche Gesetzbuch die Geschäftsführung ohne Auftrag als ein fertiges Rechtsinstitut aus dem alten, oder genauer aus dem gemeinen Rechte übernommen hat, so hat auch die Ausgestaltung, die der Geschäftsführung in der gemeinrechtlichen Wissenschaft zuteil geworden ist, für das neue Recht ihren Wert behalten. Und zwar ist dieser Wert recht bedeutend, denn es gibt wenige Rechtsinstitute, die

sich in der gemeinrechtlichen Wissenschaft einer so sorgfältigen Bearbeitung zu erfreuen gehabt haben, wie die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Weil sich nun die Bedeutung des Willens aus dem Gesetze allein bestimmen läßt, während zur Erklärung des Interesses die Dogmengeschichte herangezogen werden muß, so wird zunächst der Wille und dann das Interesse zu behandeln sein.

C. Begründung der eigenen Ansicht.

I. Der Wille (mutmaßlicher und wirklicher Wille).

Daß der Wortlaut des § 683 für den präsumtiven und gegen den putativen Willen spricht, wurde bereits erörtert. Hier fragt es sich weiter, ob das Bürgerliche Gesetzbuch in irgend einer seiner übrigen Bestimmungen zu erkennen gibt, was es unter einem „mutmaßlichen Willen" versteht, und wie es sich die Stellung des „mutmaßlichen" Willens zum „wirklichen" Willen denkt.

Der Ausdruck „mutmaßlicher Wille" findet sich nur noch in den §§ 677 und 678. Es liegt auf der Hand, daß er hier dasselbe bedeuten muß wie im § 683. Man wird also zunächst auf diesem Wege versuchen müssen, Aufschluß über den mutmaßlichen Willen zu erhalten.

Der § 677 stellt wie der § 683 das Interesse und den wirklichen oder mutmaßlichen Willen nebeneinander, aber während im § 683 der Wille gleichberechtigt neben dem Interesse steht, wird im § 677 nur eine billige Berücksichtigung des Willens erfordert. Das Willensmoment ist also für die Ausführung des Geschäfts erheblich abgeschwächt.

Mit dieser Erkenntnis[53]) ist aber für die Erklärung des mutmaßlichen Willens nichts gewonnen. Über diesen gibt erst der § 678 Aufklärung, dafür aber auch eine Aufklärung, wie man sie deutlicher nicht wünschen kann. Der § 678 sagt:

[53]) vgl. darüber unten S. 92—93.

„Steht die Übernahme der Geschäftsführung mit dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch, und mußte der Geschäftsführer dies erkennen, so . . ."

Hätten die Anhänger des putativen Willens recht, und verstände das Bürgerliche Gesetzbuch unter dem wirklichen Willen den bekannten oder erkennbaren und unter dem mutmaßlichen den vom Geschäftsführer zu vermutenden Willen, so wäre nichts überflüssiger als der Zusatz: „und mußte der Geschäftsführer dies erkennen". Der Zusatz hat nur Sinn, wenn das Erfordernis des wirklichen oder mutmaßlichen Willens an sich von der Sorgfalt des Geschäftsführers völlig unabhängig ist, so daß es eines besonderen Zusatzes bedarf, wenn man die Sorgfalt des Geschäftsführers in Rechnung ziehen soll.

Schon hier zeigt sich also, daß die Lehre vom putativen Willen den Worten des Gesetzes widerspricht, während die Lehre vom präsumtiven Willen mit ihnen im Einklange steht.

Noch deutlicher wird dies, wenn man alle die Stellen des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit dem § 683 vergleicht, die ohne von einem mutmaßlichen Willen zu sprechen, unverkennbar auf einen präsumtiven Willen abstellen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch meint z. B. einen präsumtiven Willen, wenn es in den §§ 153, 335, 2108 Abs. 2, 2208 Abs. 2[54]) sagt: „sofern nicht [oder es sei denn, daß] ein anderer Wille des Antragenden [Erblassers oder dergl.] anzunehmen ist"; hier handelt es sich ohne Zweifel um eine Mutmaßung des Willens durch den Richter. Dasselbe gilt, wo das Bürgerliche Gesetzbuch von einem aus den Umständen zu entnehmenden Willen spricht (§§ 151, 269, 271, 807, 2165 Abs. 2),[55]) oder wo es sich der Wendung bedient: „wenn anzunehmen ist,

[54]) vgl. auch Abs. 1.

[55]) Ähnlich sind die Bestimmungen der §§ 612, 632, 653 und 689.

daß", „sofern nicht anzunehmen ist, daß" und ähnlich (§§ 155, 2077 Abs. 3, 2085, 2086, 2268, 2270 Abs. 1).[56]) Namentlich aber interessieren hier die §§ 119, 140, 779, 2078, 2079. Sie geben Vorschriften für den Fall, daß der Betroffene bei Kenntnis der Sachlage einen anderen Willen gehabt haben würde. Hierfür wählen sie, vom § 779 abgesehen, die Fassung: „wenn anzunehmen ist, daß" der Betroffene „bei Kenntnis der Sachlage" („bei Kenntnis der Nichtigkeit" [§ 140]) sich so und so verhalten haben würde. Auch hier ist ohne Frage ein vom Richter zu mutmaßender Wille gemeint, was um so klarer ist, als diesen Bestimmungen andere Vorschriften gegenübergestellt werden können, in denen die Mutmaßung dem Gegenkontrahenten des Betroffenen anheimgegeben wird. In den §§ 665 und 692 nämlich werden Abweichungen von der Vereinbarung für den Fall gestattet, daß der Beauftragte oder Verwahrer den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber (oder Hinterleger) bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung (oder Änderung) billigen würde. Das Bürgerliche Gesetzbuch faßt also den putativen Willen ganz anders als den präsumtiven.

Wie verhält sich nun der § 683 zu allen diesen Vorschriften? Dem Sinne nach scheint er namentlich den §§ 119,

---

[56]) Gegenstand der Annahme braucht allerdings nicht immer ein Wille zu sein, es kann auch eine Tatsache sein (z. B. im § 773 Ziffer 4; vgl. auch §§ 259 Abs. 2, 260 Abs. 2), immer aber geht die Annahme vom Richter aus. — Keine Mutmaßung liegt in den Worten: „so ist anzunehmen" (§§ 2103, 2104, 2107, 2152). Das sind Auslegungsregeln. Diesen Sinn hat auch der vom Gesetze häufig gebrauchte Satz: „so ist im Zweifel anzunehmen (oder nicht anzunehmen)" (§§ 271 Abs. 2, 315, 317, 329, 330, 361, 364 Abs. 2, 391 Abs. 2, 455, 685 Abs. 2, 706 Abs. 2, 742, 926, 1301, 1429, 1618, 1625, 2049, 2051 Abs. 2, 2052, 2068—2072, 2074, 2075, 2087 Abs. 2, 2097, 2098, 2101, 2137 Abs. 2, 2269, 2270 Abs. 2, 2350) und die Wendung: „im Zweifel anzusehen" (§§ 2066, 2067, 2304).

140, 2078 und 2079 nahezustehen, im Wortlaute aber findet sich nirgendwo eine Ähnlichkeit.

Hier gibt die Entstehungsgeschichte des § 683 einen wertvollen Aufschluß. Der § 683 lautete in seiner ersten Fassung (§ 753 des ersten Entwurfs):

„Wenn und soweit der Geschäftsführer dergestalt gehandelt hat, daß anzunehmen ist, es würde sein Verhalten von dem Geschäftsherrn bei Kenntnis der wirklichen Sachlage gebilligt worden sein, so hat der Geschäftsführer usw." Man stößt hier also auf dieselbe Fassung „wenn auch anzunehmen ist", die im Bürgerlichen Gesetzbuch noch jetzt für die Bezeichnung eines präsumtiven Willens üblich ist und auch im ersten Entwurfe üblich war (vgl. z. B. §§ 98, 1811 I. Entw., 86 Abs. 2 daselbst [„aus den Umständen des Falles zu entnehmen"]), ja noch mehr, man findet fast denselben Wortlaut, wie in den §§ 119, 140, 2078, 2079, von denen oben bemerkt wurde, daß sie unter den Vorschriften, die von einem präsumtiven Willen sprechen, dem § 683 am nächsten stehen.[57])[58])

---

[57]) Daß auch der erste Entwurf schon den putativen und den präsumtiven Willen verschieden faßte, lehren die §§ 590 und 617 I. Entw. (665 und 692 B.G.B.), die dem Beauftragten und dem Verwahrer erlauben, von der Vereinbarung abzuweichen, „wenn Umstände vorliegen, welche die Annahme begründen, die Abweichung würde von dem Auftraggeber (Hinterleger) bei Kenntnis der Sachlage gebilligt werden, während es z. B. im § 98 I. Entw. heißt: „wenn anzunehmen ist, daß der Urheber bei Kenntnis der Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde." Also in einem Falle das Futurum, im anderen das Präteritum.

[58]) Der § 119 ist, wie hier beiläufig bemerkt sein mag, auch deshalb beachtenswert, weil er einen Schluß auf die Natur des Interesses im § 683 zuläßt. Er unterscheidet sich nämlich von den §§ 140, 2078 und 2079 und von dem § 753 I. Entw. dadurch, daß er darauf abstellt, was der Anfechtungsberechtigte bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles gewollt haben würde, wodurch

Demnach ist der Schluß berechtigt, daß der § 683 auch jetzt noch von einem präsumtiven Willen spricht, falls nicht erhellt, daß die neue Fassung nicht nur die Worte, sondern auch den Sinn der ursprünglichen Vorschrift geändert hat. Eine Prüfung der Entstehungsgeschichte des § 683 ergibt aber nichts dergleichen; im Gegenteil, sie läßt keinen Zweifel darüber, daß der präsumtive Wille gewählt und der putative verworfen werden sollte.

Über den § 753 des ersten Entwurfs sagen die Motive (Bd. 2 S. 860, vgl. auch S. 861 und 862), er mache die actio contraria davon abhängig, daß das Eingreifen in die Geschäfte eines anderen an sich, wie die Art und Weise der Geschäftsbesorgung den wirklichen, nicht bloß den bei Anwendung der gebührenden Sorgfalt erkennbaren, Intentionen des Geschäftsherrn bezw. des gesetzlichen Vertreters desselben ensprochen habe.

An dieser Zurückweisung des putativen und Anerkennung des präsumtiven Willens hielt dann die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes grundsätzlich fest, und nur für die Art und Weise der Ausführung des Geschäfts machte sie eine Ausnahme zugunsten der milderen Auffassung. Es war beantragt worden, den putativen Willen sowohl für die Übernahme, wie für die Ausführung des Geschäfts wieder einzuführen und den § 753 wie folgt zu fassen:[59])

„Hat der Geschäftsführer das Geschäft dergestalt geführt, daß *er* nach Lage der Sache die Genehmigung seines Verhaltens *erwarten durfte*, so kann er . . ."

---

hier ein objektiver Maßstab eingeführt wird. Daraus folgt für die Vorschriften, in die eine solche Klausel nicht aufgenommen ist, also auch für den § 683 B.G.B., der in diesem Sinne mit dem § 753 I. Entw. übereinstimmt (vgl. unten S. 87 f.), daß sie ein streng subjektives Prinzip vertreten. Deshalb kann auch das Interesse im § 683 unmöglich ein objektives Moment sein.

[59]) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung Bd. 2 S. 729.

Der Antrag wurde aber abgelehnt, und die Mehrheit entschloß sich für folgende Fassung.

„Hat die Übernahme der Geschäftsbesorgung mit Rücksicht auf die Zwecke und Verhältnisse des Geschäftsherrn dessen Nutzen entsprochen, so kann der Geschäftsführer . . ."

Dazu bemerken die Protokolle (a. a. O. S. 733), das pflichtmäßige Ermessen des Geschäftsführers solle nur für die Ausführung des Geschäfts genügen, dagegen müsse die Übernahme den wirklichen Intentionen des Geschäftsherrn entsprechen, sonst könne der Geschäftsführer keinen Ersatz seines Aufwands verlangen. Für die contraria komme es darauf an, ob anzunehmen sei, daß der Geschäftsherr, wenn er hätte gefragt werden können, das Unternehmen des Geschäftsführers mit der allgemeinen Anweisung genehmigt haben würde, bei der Ausführung nach pflichtmäßigem Ermessen zu verfahren.

Der putative Wille wurde also für die Übernahme ausdrücklich reprobiert und nur für die Ausführung zugelassen.

Wenn nun die Redaktionskommission jenem Beschlusse die Form gab, wie sie sich jetzt im § 683 findet, so liegt auf der Hand, daß der „mutmaßliche Wille" nur als ein präsumtiver Wille gedacht sein kann.

Daß das Bürgerliche Gesetzbuch sich der Ausdrucksweise „entspricht die Übernahme . . . . dem mutmaßlichen Willen" in demselben Sinne bedient, wie der Wendungen „wenn anzunehmen ist, daß" oder „wenn aus den Umständen zu entnehmen ist, daß", ergibt sich überdies noch aus folgendem.

Der § 269 Abs. 1 B.G.B. lautete in seiner ursprünglichen Fassung (§ 229 I. Entw.):

„Ist der Ort, an welchem die Leistung zu bewirken ist, weder durch Gesetz oder Rechtsgeschäft noch durch die Beschaffenheit der Leistung bestimmt, so hat der Schuldner an dem Orte zu leisten, welcher der Natur des Schuldverhältnisses

und dem mutmaßlichen Willen der Beteiligten entspricht." Und weiter § 230 I. Entw.:

„Läßt der Leistungsort sich auf Grund des § 229 nicht bestimmen, so hat der Schuldner an dem Orte zu leisten, an welchem er zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte."

Der § 269 Abs. 1 lautet jetzt:

„Ist ein Ort für die Leistung weder bestimmt, noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen, so hat die Leistung an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte."

Hier ist also, umgekehrt wie im § 683, an Stelle des „mutmaßlichen Willens" die Wendung getreten „ist (der Wille der Beteiligten) aus den Umständen zu entnehmen". —

Hiermit dürfte nachgewiesen sein, daß das Bürgerliche Gesetzbuch unter dem „mutmaßlichen Willen" im § 683 einen Willen versteht, den der Richter mutmaßen soll, und nicht einen solchen, den der Geschäftsführer mutmaßen darf.

Wie verhält sich nun aber dieser mutmaßliche Wille zum wirklichen Willen?

Der Ausdruck „wirklicher Wille" bedarf keiner besonderen Erklärung. „Wirklicher Wille" ist dasselbe wie „wahrer Wille", und da, wenn vom Willen schlechthin gesprochen wird, immer der wahre Wille gemeint ist, so pflegt das Adjektivum „wirklich" zum Willen nur dann hinzugesetzt zu werden, wenn ein Gegensatz des wahren Willens zu einem in Wahrheit nicht vorhandenen, gedachten Willen ausgedrückt werden soll. So spricht denn auch das Bürgerliche Gesetzbuch, wenn es keinen solchen Gegensatz auszudrücken hat, immer vom „Willen" schlechthin (§§ 8, 82, 516, 568, 2101; vgl. auch § 423) und bedient sich des Adjektivums „wirklich" nur, wo es den wahren

Willen einem in Wahrheit nicht vorhandenen gegenüberstellen will (vgl. § 133).

Der Unterschied zwischen dem wirklichen und dem mutmaßlichen Willen ist hiernach klar. Der eine ist ein wirklich vorhandener, der andere ein im Wahrheit nicht vorhandener, nur gedachter, „gemutmaßter" Wille. Was bedeutet es aber, wenn der § 683 verlangt, daß die Übernahme der Geschäftsführung dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entsprechen soll? Stehen beide gleichwertig nebeneinander, oder findet der eine nur in Ermanglung des anderen Anwendung? Die Antwort ergibt sich unmittelbar aus der Natur des mutmaßlichen Willens. Zweck jeder Mutmaßung ist, die fehlende Wirklichkeit zu ersetzen, und was man wirklich sieht, braucht man nicht mehr zu mutmaßen. Der Richter kann den Willen des Geschäftsherrn nur dann mutmaßen, wenn er von dessen wirklichem Willen nichts erfährt. Wird aber der wirkliche Wille behauptet, so braucht sich der Richter nicht mehr mit Mutmaßungen abzugeben, denn das Wirkliche schließt das Mutmaßliche aus.[60]) Mit anderen Worten: Wenn im § 683 der wirkliche und der mutmaßliche Wille nebeneinander stehen, so kann damit unmöglich gesagt sein, daß der mutmaßliche Wille immer genügen solle, sondern nur, daß er in Ermanglung des wirklichen genüge.

Die Bedeutung des wirklichen und des mutmaßlichen Willens und das Verhältnis beider zueinander darf hiermit wohl als nachgewiesen betrachtet werden. Die weitere Frage, wie sich dieser wirkliche oder mutmaßliche Wille zum Interesse verhält, wird zweckmäßig im Zusammenhange mit der Untersuchung des Interesses zu behandeln sein.

---

[60]) Ähnlich, aber im Sinne des putativen Willens, Brückmann a. a. O. S. 134.

II. Das Interesse und seine Beziehungen zum Willen.

1. Der Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der allgemeine Sprachgebrauch.

Auch beim Interesse wird zunächst der gesamte Text des Bürgerlichen Gesetzbuchs durchgeprüft werden müssen.[61]) Vielleicht läßt das Gesetz an einer anderen Stelle erkennen, was es unter dem Ausdrucke „Interesse" verstanden wissen will.

Das Bürgerliche Gesetzbuch bedient sich des Wortes „Interesse" außerordentlich häufig. Schulzenstein[62]) zählt siebzig Stellen im Bürgerlichen Gesetzbuche und drei im Einführungsgesetze, in denen sich das Wort bald in diesem, bald in jenem Zusammenhange findet. Hier erscheint es als rechtliches oder berechtigtes, als „besonderes", als öffentliches, als Vermögensinteresse,[63]) dort ist von ehelichen Interessen die Rede,[64]) dann ist es wieder jenes schon dem alten Rechte bekannte Interesse an der Gültigkeit einer Willenserklärung oder eines Vertrages.[65]) Bald wird darauf abgestellt, daß etwas für jemanden von Interesse ist[66]) oder kein Interesse für ihn

---

[61]) Eine Prüfung der übrigen, gleichzeitig mit dem B.G.B. erlassenen Gesetze ist überflüssig (vgl. unten S. 36 Anm. 75).

[62]) in der Deutschen Juristenzeitung 7. Jahrg. (1902) Nr. 22 S. 516.

[63]) rechtlich: §§ 368, 810, 1063, 1167, 1256 Abs. 2, 1267, 1342 Abs. 2, 1597 Abs. 2, 1953 Abs. 3, 2010, 2081 Abs. 2, 2146 Abs. 2, 2228, 2264, 2384 Abs. 2; berechtigt: §§ 343, 824 Abs. 2; besonderes Interesse: §§ 542 Abs. 2, 634 Abs. 2; öffentlich: §§ 525 Abs. 2, 679, 2194 B.G.B., Art. 52, 109, 111 E.G. z. B.G.B.; Vermögensinteresse: § 343 B.G.B.

[64]) § 1358.

[65]) §§ 122, 179 Abs. 2, 307.

[66]) § 809.

hat,[67]) bald handelt es sich um eine Urkunde, die im Interesse jemandes errichtet ist,[68]) bald auch spricht das Gesetz von einer Beeinträchtigung, einer Gefährdung des Interesses[69]) oder behandelt den Fall der Kollision zweier Interessen,[70]) hier verlangt es tunlichste Schonung eines Interesses,[71]) dort sieht es darauf, ob etwas im Interesse jemandes liegt,[72]) ob sein Interesse etwas erfordert,[73]) ob etwas seinem Interesse entspricht.[74]) [75])

Was bedeutet nun das Interesse in allen diesen Vorschriften?

Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht sich darüber nicht aus, namentlich gibt es nirgendwo zu erkennen, ob es dem Interesse eine besondere juristisch-technische Bedeutung beilegen will. Es bleibt also nur übrig, das Wort in seiner allgemeinen Bedeutung zu verstehen, in der Bedeutung, wie sie heutzutage jedermann geläufig ist. Ich „interessiere" mich für etwas, ich habe „Interesse" an etwas, damit will ich sagen,

---

[67]) §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 2, 325, 326 Abs. 2, 468, 542, 628, 905; vgl. auch § 922: „ein" Interesse.

[68]) § 810.

[69]) §§ 1288, 1778, 1797 Abs. 3, 1803 Abs. 2, 1857, 1886, 1903, 1917 Abs. 2; vgl. auch Verletzung des Interesses: § 12.

[70]) §§ 1796 Abs. 2, 1874 Abs. 3.

[71]) § 1020.

[72]) §§ 113 Abs. 3, 1304 Abs. 2, 1337, 1635 (im Interesse geboten), 1665 und 1846 (im Interesse erforderlich), 1687 Ziff. 3 (im Interesse nötig), 1859 (im Interesse angemessen).

[73]) §§ 36, 677, 1020, 1021, 1022, 1873.

[74]) §§ 45 Abs. 3 (hier „dient"), 745 Abs. 2, 1024, 1246.

[75]) Auch die zugleich mit dem B.G.B. in Kraft getretenen Gesetze bedienen sich des Ausdrucks „Interesse" mehrfach (s. Schulzenstein S. 519 Sp. 1). Da sie ihm aber keinen anderen Sinn beilegen, als das B.G.B., und auch wie dieses keine Begriffsbestimmung des Interesses bringen, so kann eine Aufzählung der einzelnen Bestimmungen unterbleiben.

daß eine Beziehung besteht zwischen mir und irgendeinem Gute, Umstande oder Vorgange derart, daß diese Dinge für mich einen besonderen Wert haben.

Damit ist der Begriff freilich nur schwach umrissen, er bedarf noch sehr einer bestimmten Begrenzung. Aber auch diese läßt sich gewinnen, und ebenso läßt sich sehr wohl feststellen, wie man sich im allgemeinen das Verhältnis des Interesses zum Willen vorzustellen pflegt. Es ist kein unbebautes Gebiet, das man hier betritt; Ihering hat bereits den Interessebegriff eingehend untersucht und seine Bedeutung für das Recht aufgedeckt.

Ihering definiert das Interesse im „Geiste des römischen Rechts“ [76]) und in dem großen Werke „Der Zweck im Recht“.[77])

Im „Geiste des römischen Rechts“ legt er seine der Hegel'schen Lehre widersprechende Meinung nieder, die Ansicht nämlich, daß der Nutzen, und nicht der Wille, die Substanz des Rechtes [78]) sei. Dieses substantielle Moment [79]) baut er wie folgt aus:[80])

Jedes Recht des Privatrechts ist dazu da, daß es dem Menschen irgend einen Vorteil gewähre, seine Bedürfnisse befriedige, seine Interessen, Zwecke fördere. Von jedem Rechte ist also der Mensch der Destinatär.

Dieser Zweck trifft bei sämtlichen Rechten zu, mögen sie dem Vermögens- oder dem Personenrechte angehören, alle sollen mich fördern, mir einen Dienst, Nutzen, Vorteil ge-

---

[76]) Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung Teil III 1. Abt. 3. Aufl. (1877).

[77]) Der Zweck im Recht 2. Aufl. (1884).

[78]) im subjektiven Sinne a. a. O. S. 316 f.

[79]) Den Gegensatz bildet das formale, der Rechtsschutz.

[80]) a. a. O. S. 327 f.

währen, die Freiheit so gut wie das Eigentum, die Ehe so gut wie die Forderung.

Ein Ding, das uns einen solchen Dienst zu leisten vermag, nennen wir ein Gut.

An den Begriff des Guts reiht sich der des Werts und Interesses. Die Werteigenschaft enthält den Maßstab zur Bestimmung der Tauglichkeit des Guts, „der Interessebegriff erfaßt diese Werteigenschaft in besonderer Beziehung auf die Zwecke und Verhältnisse des Subjekts. Ein Recht, das an sich einen Wert hat, kann für dieses Subjekt ohne Interesse sein, z. B. eine Aussichtsgerechtigkeit für einen Blinden, die Berechtigung zum Besuche eines Konzerts für einen Tauben".

Entwickelt Ihering hier den Begriff des Interesses aus dem substantiellen Momente des Rechts heraus, so erfaßt er ihn im „Zweck im Recht" von der psychologischen Seite. Er geht dabei vom Kausalitätsgesetze aus:[81]) Wie nach dem mechanischen Kausalitätsgesetze keine Veränderung in der Sinnenwelt möglich sei ohne zureichenden Grund, so sei nach dem psychologischen Kausalitätsgesetze oder kurz nach dem „Zweckgesetze" keine Bewegung des Willens denkbar ohne Zweck. In welcher Weise der Zweck auf den Willen einwirke, das lasse sich an den einfachsten Handlungen am besten erkennen,[82]) so etwa an der Handlung des Trinkens. Man trinke, um ein körperliches Unbehagen, das Gefühl des Durstes, zu enden. In diesem Zustande des Unbehagens liege der Grund des Zweckes, er enthalte die innere Nötigung, sich einen Zweck zu setzen. Wende sich nun der Durstige dem Wasser zu, so geschehe das, weil er aus Erfahrung wisse, daß das Wasser tauglich sei, seinen Durst zu löschen. Indem er sein Begehrungsvermögen

---

[81]) a. a. O. S. 3 f. (Bd. 1).

[82]) a. a. O. S. 26 f.

auf das Wasser richte, setze er damit eine praktische Beziehung zwischen sich und dem Wasser, die Zweck- oder Selbstbeziehung. Diese Beziehung äußere sich in der Form des Gefühls der eigenen Abhängigkeit vom Wasser, seiner Bedingtheit durch dasselbe. Und eben dieses Moment bezeichne man als „Interesse". Das Interesse sei das Gefühl der Lebensbedingtheit.[83])

Noch näher läßt sich Ihering beim Problem der Selbstverleugnung (Zweck im Recht Bd. 1 S. 52—53) über das Interesse aus. Er sagt dort:

„Meine Selbstverleugnung fährt nicht so blindlings ins Geschirr, daß ihr jeder Zweck recht wäre, sie übt Kritik, sie unterscheidet zwischen den Zwecken. Dieselben müssen eine gewisse Beziehung zu mir haben, wenn ich mich für sie erwärmen soll. . . . Diese Beziehung bezeichnet die Sprache bekanntlich mit dem Ausdrucke: sich für etwas interessieren, Anteil nehmen. . . .

Ein „Sich-Interessieren" für den Zweck, oder sagen wir kurz: Interesse ist die unerläßliche Voraussetzung einer jeden Handlung — ein Handeln ohne Interesse ist ein eben solches Unding, als ein Handeln ohne Zweck, es ist eine psychologische Unmöglichkeit.[84]) Mag das Interesse auch noch so gering und noch so entfernt sein, aber irgend eines Interesses bedarf es stets, wenn der Zweck Macht haben soll über den Willen.

„Das Interesse ist die Beziehung des Zweckes auf den Handelnden, und kein Handeln ist denkbar ohne Interesse."

Im ersten Teile dieses Satzes ist die Begriffsbestimmung

---

[83]) a. a. O. S. 30.

[84]) Ihering zitiert hier Schopenhauer, Die beiden Grundprobleme der Ethik 2. Aufl., Leipzig (1860), S. 165: „ein Wollen ohne Interesse ist ein Wollen ohne Motiv, also eine Wirkung ohne Ursache".

des Interesses, im zweiten das Verhältnis des Interesses zum Willen in klassischer Kürze ausgedrückt.

Die Definition des Interesses, die Ihering hier gibt, deckt sich mit der Definition im „Geiste des römischen Rechts". Dort steht „Werteigenschaft (eines Guts)", hier einfach „Zweck", dort „Zwecke und Verhältnisse des Subjekts", hier kurz der „Handelnde". Von der Werteigenschaft des Guts mußte Ihering dort sprechen, weil er von dem substantiellen Momente des Rechts ausging. Hier kann er sich kurz fassen und einfach „Zweck" sagen. Beides hat dieselbe Bedeutung, nur die Gesichtspunkte sind verschieden. Daß dem so ist, sagt Ihering selbst, wenn er über die „Bestimmung der Sache" äußert:[85]) „Jene Bezeichnung (die Bestimmung der Sache) sagt aus, daß die Person in der Sache ein taugliches Mittel für ihre Zwecke erkennt; sie legt damit das, was sie selber mit der Sache will, in sie hinein als deren Bestimmung, als ihren (objektiven, dem subjektiven substituierten) Zweck. Der ökonomische Zweck der Dinge ist nichts, als die vom Standpunkte des subjektiven ökonomischen Zweckbewußtseins ihnen zuerkannte, sei es von vornherein vorhandene oder erst durch menschliche Arbeit ihnen verliehene Tauglichkeit für die menschlichen Zwecke."

Die Wendung „Zwecke und Verhältnisse des Subjekts" war in der Definition im „Geiste des römischen Rechts" nötig, um die individuelle Natur des Interesses auszudrücken, im „Zweck im Recht" genügt die Beziehung auf den „Handelnden", denn hier steht die individuelle Natur des Interesses außer Zweifel.[86])

Hier haben wir also eine knappe und klare Formulierung des Interesses. Und das Verhältnis des Interesses zum Willen?

---

[85]) Zweck im Recht Bd. 1 S. 69—70.

[86]) vgl. Zweck im Recht Bd. 1 S. 38: „Nicht das objektive Interesse, sondern das subjektive Urteil über das Vorhandensein desselben gibt den Ausschlag."

Ihering sagt: „Kein Handeln ist denkbar ohne Interesse." Also wenn ich handle, wenn ich will, so muß mich dabei immer ein Interesse leiten. Wie ist es aber umgekehrt? Wenn ich ein Interesse habe, muß ich darum immer gleich handeln, gleich wollen? Keineswegs.[87]) Man kann sich lebhaft für einen ganz bestimmten Zweck interessieren und doch völlig im unklaren darüber sein, wie man ihn verwirklichen will; man kann die Verhältnisse, den Zeitpunkt, kurzum die Gelegenheit zum Handeln nicht für günstig halten und deshalb die Verwirklichung aufschieben, ja es ist gar nicht selten, daß man sich jahrelang für einen Zweck interessiert, immer auf die Gelegenheit wartend, wo man ihn verwirklichen kann. Interesse und Wille verhalten sich eben zueinander wie Voraussetzung und Folge. Ist die Folge da, so muß auch immer die Voraussetzung dagewesen sein, ist die Voraussetzung da, so braucht deshalb noch nicht ohne weiteres die Folge da zu sein, falls nämlich die Folge, wie in unserem Falle, eine psychologische[88]) ist, und deshalb die Person, in der die Voraussetzung liegt, über den Eintritt der Folge frei disponieren kann. Wie die interessierte Person kraft ihrer freien Selbstbestimmung in der Lage ist, dem Interesse gar keine Folge geben zu können, wenn ein anderes stärkeres Interesse widerspricht,[89]) so kann sie auch die Folge, den Entschluß zum Handeln, hinausschieben. Den natürlichen Abschluß des Interesses bildet zwar ein entsprechender Wille, das Interesse kann aber auch durch ein anderes stärkeres überwunden werden, so daß es einen gewalt-

---

[87]) Ihering gibt hierüber keine bestimmte Auskunft. Er hatte sich die genauere Umgrenzung des Interessebegriffs für das XII. Kapitel seines Werkes vorbehalten (vgl. „Zweck im Recht" Bd. 1 S. 30), hat dies Kapitel aber nicht mehr schreiben können.

[88]) Die mechanische Folge schließt sich unmittelbar an ihre Voraussetzung an, wenn diese die einzige Voraussetzung ist.

[89]) vgl. Iherings Beispiel im „Zweck im Recht" Bd. 1 S. 6—7.

samen Abschluß findet, oder der natürliche Abschluß, der Eintritt des entsprechenden Willens, kann hintangehalten werden.

Ich kann also ein Interesse haben ohne den entsprechenden Willen, wenn ich aber einmal einen Willen habe, so muß ich auch immer ein Interesse haben, oder, um bei den oben gewählten Bezeichnungen zu bleiben: Das Interesse ist eine notwendige Voraussetzung des Willens, der Wille aber keine notwendige Folge des Interesses.

Hiermit dürfte festgestellt sein, was man im allgemeinen unter „Interesse" versteht, und wie man sich das Verhältnis des Interesses zum Willen vorzustellen pflegt.

Nun darf aber wohl davon ausgegangen werden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch sich der allgemeinen Anschauung über das Interesse und dessen Verhältnis zum Willen angeschlossen hat. Denn wenn man zur Zeit der Entstehung des Gesetzes in der Literatur sowohl wie in der Umgangssprache mit dem Ausdrucke „Interesse" einen ganz bestimmten Begriff bezeichnete, so wird auch das Gesetz nichts anderes damit meinen, und wenn man, als das Gesetz entstand, im gewöhnlichen Leben über das Verhältnis des Interesses zum Willen allgemein dieselbe Auffassung, wenn auch nicht bewußt ausdrückte, so doch praktisch betätigte, so wird auch das Gesetz hierüber ebenso denken. Eine abweichende Auffassung des Gesetzes könnte nur dann angenommen werden, wenn es sie ausdrücklich zu erkennen gäbe. Davon kann aber gar keine Rede sein. Das Interesse hat vielmehr, wie schon gezeigt wurde, im § 683 denselben allgemeinen Sinn, wie an allen anderen Stellen des Gesetzes, und mehr noch: prüft man die Lehren des alten Rechts und im Anschlusse daran die Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches, so ergibt sich, daß das Interesse und seine Beziehung zum Willen in der soeben festgestellten, allgemeinen Bedeutung schon früher bei der Geschäftsführung ohne Auftrag verwertet wurden, und

daß das Bürgerliche Gesetzbuch das gemeinrechtliche Prinzip, bei dessen Ausgestaltung man auf das Interesse und den Willen zurückgegangen war, übernommen hat; ja überdies ist es in den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch ganz unzweideutig zum Ausdrucke gebracht worden, daß das Interesse im § 683 den allgemeinen Sinn und nur diesen Sinn haben solle.

Eine Betrachtung der alten Lehren ist aber nicht allein deshalb wichtig, weil sie sicherstellt, daß das Interesse und sein Verhältnis zum Willen im § 683 in der allgemeinen Bedeutung zu verstehen sind, sie lehrt auch, wozu Interesse und Wille im besonderen bei der Geschäftsführung ohne Auftrag verwendet werden, und welche Bewandtnis es hat, daß gerade auf das Interesse und den Willen des Geschäftsherrn abgestellt wird.

2. Die Schlüsse aus dem Verhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches zum vorausgegangenen Rechte und insbesondere zum gemeinen Rechte.

Aus dem Verhältnisse des neuen zum alten Rechte Schlüsse zu ziehen, ist nicht allein statthaft, sondern oft auch unumgänglich nötig. Namentlich wo das neue Recht Begriffe verwendet, die es nicht näher erklärt, wird man meist gar nicht umhin können, auf das alte Recht zurückzugreifen. Um einen solchen Fall handelt es sich aber im § 683 B.G.B. Eine Prüfung des früheren Rechtszustandes und der Stellungnahme des neuen Rechts zu den alten Lehren kann hier deshalb gar nicht entbehrt werden.[90])

[90]) Es muß auffallen, daß man trotzdem bei der Untersuchung des Interesses und Willens aus § 683 B.G.B. das alte Recht bislang nicht herangezogen hat. Nur bei Brückmann findet sich (S. 114—116) ein solcher Versuch. Brückmann fördert dabei aber nichts zutage, da er von dem Vorurteile ausgeht, daß nach der gemeinrechtlichen Anschauung Interesse und Wille identisch gewesen seien.

a) Das alte Recht.

α) Sichtung des alten Rechts.

Der § 683 B.G.B. regelt das negotium utiliter gestum, einen vielumstrittenen Begriff des gemeinen Rechts, wie sich denn überhaupt das Bürgerliche Gesetzbuch bei der Geschäftsführung ohne Auftrag eng an die negotiorum gestio des gemeinen Rechtes angeschlossen hat. Es handelte sich eben hier um ein Institut des römischen und des gemeinen Rechts, und zwar um ein Institut, das in der gemeinrechtlichen Wissenschaft eine besonders reiche Entwicklung erfahren hatte.

Die Kodifikationen des 18. und des 19. Jahrhunderts hingegen waren für das Bürgerliche Gesetzbuch nur von sehr geringer Bedeutung. Da sie sich darauf beschränken, ein getreues Abbild des jeweiligen Standes der gemeinrechtlichen Wissenschaft zu geben,[91]) so hätten ihre Vorschriften für das Bürgerliche Gesetzbuch höchstens als vorbildliche Formulierungen der gemeinrechtlichen Lehren in Betracht kommen können. Nun hat aber die wissenschaftliche Entwicklung der Geschäftsführung ohne Auftrag und im besonderen die Entwicklung des negotium utiliter gestum erst in den letzten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts ihren Höhepunkt erreicht. Alle Kodifikationen, ja selbst das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch aus dem Jahre 1863, vertraten deshalb, als das Bürgerliche Gesetzbuch entstand, bereits einen veralteten Standpunkt. Eine einzige Ausnahme bildete das schweizerische Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 1. Januar 1883, das mit seiner Regelung des utiliter gestum völlig auf der Höhe der Zeit stand und daher auch vom Bürgerlichen Gesetzbuch, wiewohl nicht gerade sehr ausgiebig, benutzt worden ist.

---

[91]) Abgesehen natürlich vom Code civil, der aber ohne weitere Bedeutung ist, da er sich über das negotium utiliter gestum nur sehr allgemein (im Art. 1375) ausspricht.

So kam es, daß das B.G.B. sich im § 683 auf den Boden einer rein gemeinrechtlichen Lehre stellte und sich nur in der Formulierung an den Art. 472 des schweiz. B.-Ges. anlehnte. Da aber diese Vorschrift auch wiederum auf der gemeinrechtlichen Entwicklung beruht,[92]) so kann man wohl sagen, daß das gemeine Recht die einzige Grundlage des § 683 bildet.

Demgemäß wird im folgenden nur das gemeine Recht berücksichtigt und der Kodifikationen nur gelegentlich gedacht werden.

β) Überblick über die Entwicklung des negotium utiliter gestum im gemeinen Rechte bis zum Siege des streng subjektiven Prinzips unter besonderer Berücksichtigung des Interesses.

Das Interesse des Geschäftsherrn findet sich schon im römischen Rechte, und zwar als ein Ausfluß des Nutzens — ein schlagender Beweis für die Richtigkeit der Jheringschen Lehre.[93])

Die utilitas war im römischen Rechte sowohl die Grundlage des ganzen Instituts der negotiorum gestio (§ 1 J. de obligat. quasi ex contr. 3, 27; l. 1 D. de neg. gest. 3, 5), als auch die besondere Voraussetzung der actio neg. gest. contr. (l. 2, 9 [10] § 1, 11 [12] § 2, 44 [45] pr. D. h. t., l. 2, 10, 11, 24 C. 2, 10).[94]) Dementsprechend wurde die actio contraria dann versagt, wenn der Gestor sich eines

---

[92]) Näheres hierüber bei Bermann, Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach schweizerischem Obligationenrecht, Züricher Dissertation 1896, S. 54 ff.

[93]) vgl. oben S. 37—38.

[94]) Die utilitas negotii wird am eingehendsten behandelt von Sturm, Das negotium utiliter gestum 1878 §§ 2 und 3.

Vermögensstückes angenommen hatte, das für die besonderen Zwecke und Verhältnisse des Geschäftsherrn keinen Wert mehr hatte.[95]) Ja, das Interesse kam nicht nur, wie hier, dem Sinne nach vor, sondern die Römer bedienten sich sogar in solchen Fällen auch des Ausdrucks „interesse“.[96]) [97])

---

[95]) vgl. l. 9 (10) § 1 D. h. t.: „... quid enim si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumptui dereliquerit, vel quam sibi necessariam non putavit? oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam ...“ Man kann sich kaum ein treffenderes Beispiel für den Mangel des Interesses denken.

[96]) Die l. 42 (43) D. h. t. sagt: Cum pecuniam ejus nomine solveres, qui tibi nihil mandaverat, negotiorum gestorum actio tibi competit, cum ea solutione debitor a creditore liberatus sit: nisi si quid debitoris interfuit eam pecuniam non solvi.“ Hierüber Oertmann im Arch. f. civ. Prax. Bd. 82 S. 484.

[97]) Am bekanntesten ist das „interesse“ in der Wendung „quanti alicujus interest“. Es dient hier zur Bezeichnung des Schadens, den jemand in seinem Vermögen dadurch erleidet, daß ein Umstand, den ein anderer zu vertreten hat, ausbleibt oder eintritt. Diesen Schaden pflegt man deshalb auch kurz „Interesse“ zu nennen, und in diesem Sinne war das Interesse namentlich der gemeinrechtlichen Wissenschaft viel geläufiger, als in seiner allgemeinen Bedeutung.

Danach sollte man annehmen, daß das Interesse als Schaden etwas ganz anderes bedeutet, wie das allgemein gefaßte Interesse. Doch ist diese Annahme nur insofern berechtigt, als das Interesse allerdings, soweit es zur Bezeichnung des Schadens dient, eine übertragene Bedeutung hat: Der Ausdruck, der sonst ein Erfordernis aller Schuldverhältnisse, wie überhaupt aller Privatrechte wiedergibt, wird hier zur Bezeichnung des Inhalts gewisser Schuldverhältnisse verwendet, wie schon die Wendung „quanti alicujus interest“ erkennen läßt (vgl. Baron, Pandekten 9. Aufl. S. 442 und Brinz, Pandekten 1. Aufl. Abt. 1 S. 584). Im Grunde handelt es sich aber dennoch um denselben Begriff, denn das Interesse ist in Wahrheit schon vorhanden, bevor der Schaden eintritt, und dieser bewirkt nur, daß jenes nunmehr als Maßstab für die Schätzung der Vermögensdifferenz auch äußerlich hervortritt (vgl. Cohnfeld, Die Lehre vom Interesse (1865) S. 2—3. Auch Sintenis (Das praktische gemeine Civilrecht 2. Aufl. 1861 Bd. 2 S. 67) und

Es hat lange gedauert, bis die gemeinrechtliche Wissenschaft diese römische Auffassung des negotium utiliter gestum richtig erkannte. Fast während der ganzen gemeinrechtlichen Zeit bestimmte man das utiliter gestum nach rein objektiven Erwägungen,[98]) und erst als die Herrschaft des gemeinen

---

v. Wening-Ingenheim (Die Lehre vom Schadensersatze 1841 S. 277 bis 278) gehen auf die allgemeine Bedeutung des Interesses zurück). „Darin besteht eben das Wesen des Interesses" (als Schaden genommen), daß „bei der Schätzung des Entzogenen auf die Besonderheit der Verhältnisse, in denen die betreffende Person sich befindet, Rücksicht genommen werden muß" (Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 50 und Anm. 7 das.). Die „Werteigenschaft" der Vermögensdifferenz „in besonderer Beziehung auf die Zwecke und Verhältnisse des Subjekts" (Jhering oben S. 38), also das Interesse in seiner allgemeinen Bedeutung ist eben auch hier der maßgebende Grundbegriff. Daher wird denn auch überall in der Literatur auf den „besonderen" Wert des Entzogenen zurückgegangen (Hänel, Versuch einer kurzen und faßlichen Darstellung der Lehre vom Schadensersatze 1823 S. 88; Puchta, Pandekten 7. Aufl. 1853 S. 336; Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen 1840 S. 255; Vangerow, Pandekten 7. Aufl. Bd. 3 S. 42 Nr. 4; Sintenis a. a. O. S. 69; Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts 3. Aufl. 1864 S. 96 Anm. 2; Dernburg, Pandekten 4. Aufl. Bd. 2 § 44 S. 123; Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse 1855 S. 16, 213 f.; Voigt, Das jus naturale 1875 Bd. 3 S. 446, 459, 956—957, 1115; Gimmerthal, Die Lehre vom Interesse 1876 S. 31 — hier aber stark eingeschränkt). Für die hier vertretene Auffassung spricht auch, daß sich das römische Recht an Stelle der Wendung „quanti ejus interest" vielfach des Wortes „utilitas" bediente (Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. 5 S. 451 [Anm. l: „‚utilitas' ist der eigentliche Name für das Interesse"]. Das ist auch sonst allgemeine Meinung; vgl. Hänel a. a. O. S. 84; Brinz a. a. O. S. 586; Wendt, Pandekten 1888 S. 469; Windscheid-Kipp a. a. O. S. 49; Mommsen a. a. O. S. 41; Cohnfeld a. a. O. S. 68; Voigt a. a. O. S. 446, 1115).

[98]) Zudem beschäftigte man sich in der älteren gemeinrechtlichen Literatur nur sehr oberflächlich mit dem negotium utiliter gestum. Erst Wächter (Arch. f. civil. Prax. Bd. 20 S. 337 f., 1837) hat die

Rechts bereits ihrem Ende entgegenging, besann man sich auf die individualistische römisch-rechtliche Auffassung.

Bezeichnend ist nun, daß mit dem Aufleben der alten Auffassung zugleich auch das Wort „Interesse" in seiner alten Bedeutung wieder auftauchte. Sobald man den Geschäftsherrn selbst wieder über die Nützlichkeit des Geschäfts entscheiden ließ, sprach man auch wiederum vom Interesse des Geschäftsherrn, ja, man kann selbst verfolgen, wie sich mit der allmählichen Annäherung an die alten Grundsätze das Interesse zunächst nur dem Sinne nach einstellte, bis dann mit der völligen Wiederaufnahme der alten Anschauung auch der Ausdruck „Interesse des Geschäftsherrn" allgemein üblich wurde. Und noch mehr, es läßt sich sogar nachweisen, daß

Frage in Fluß gebracht. Auch Jhering hat manche fruchtbare Anregung gegeben, so in seinen Abhandlungen aus dem römischen Recht 1. Abhdlg. S. 46 f. (1844). Vgl. darüber Aarons, Beiträge zur Lehre der negotiorum gestio (1860), Vorwort. Aus der früheren Literatur führt Wächter selbst an: Thibaut, Pandektenrecht 8. Ausgabe § 629; Seuffert, Lehrb. des prakt. Pandektenrechts §§ 313, 344; v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des Civilr., von Fritz besorgte Ausgabe § 307; Schweppe, Das röm. Privatr. 4. Ausg. Bd. 3 (fortgesetzt von W. Meyer §§ 589, 591 S. 499—502; Mackeldey, Lehrb. des heutigen röm. Rechts 10. Aufl. § 461; Mühlenbruch, Lehrb. des Pandektenrechts Teil II 1836 § 437 Note 11—13, § 439 Note 3; Glück, Ausführl. Erläuterung des Pandektenrecht Bd. 5 S. 379; vgl. ferner auch: v. Reinhardt, Ergänzungen zu Glücks Erläuterungen der Pandekten Bd. 2 S. 28; Kämmerer in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 8 S. 174; Kritz, Das Pandektenrecht usw. Teil I Bd. 1 S. 353, 352. Außerdem sind zu bemerken: Schmid, Diss. sistens leges quasdam potiores tituli digestorum de negotiis gestis, Tübingen 1787; Höpfner, Kommentar über die Heineccischen Institutionen 1803 S. 981 Anm. 1 und namentlich Malblanc, Principia juris Romani secundum ord. Dig. Tubing. 1801 P. I p. 521, wiedergegeben von Köllner, Die Grundzüge der obligatio negotiorum gestorum (1856) S. 72 und 74. Die wichtigeren unter diesen Schriftstellern werden noch kurz besprochen werden.

man das Interesse des Geschäftsherrn auch in Beziehung zu seinem Willen setzte und daß man diese Beziehung in ihrer oben dargestellten allgemeinen Bedeutung auffaßte.

In der älteren Zeit, als man das utiliter gestum als etwas Objektives ansah, kannte man das Interesse nicht einmal dem Sinne nach. Man folgte entweder den „Nützlichkeitstheorien" und verlangte, daß die Geschäftsführung „notwendig oder nützlich" gewesen sei,[99]) oder man billigte mit

---

[99]) Diese Theorien litten, abgesehen von der allen objektiven Theorien anhaftenden grundsätzlichen Unvereinbarkeit mit dem römischen Rechte, noch an dem eigentümlichen Fehler, daß es für sie besonders schwierig war, sich mit dem „negotium utiliter coeptum" abzufinden, einer im römischen Rechte vorgesehenen Erleichterung zugunsten des Geschäftsführers, wonach es auf den Erfolg der Geschäftsführung nicht ankommt (vgl. unten S. 85—86 Anm. 189). Denn man kann nicht gut von einem objektiven Nutzen reden, wenn gar kein positiver Erfolg eingetreten ist. — Die meisten halfen sich damit, daß sie es genügen ließen, wenn die Geschäftsführung Nutzen versprochen hatte. Hierbei beschränkten sich die einen auf die Zweckmäßigkeit der Auslagen des Geschäftsführers (Thibaut, Seuffert, v. Wening-Ingenheim, Schweppe a. a. O.), die anderen verlangten, daß das übernommene Geschäft Aussicht auf Erfolg gehabt habe. So Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehren des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen (1840) S. 609: Am Anfange der Geschäftsbesorgung müssen die Umstände derart gewesen sein, daß ein günstiger Erfolg von ihr zu erwarten war. Sintenis (Das prakt. gem. Civilr. Bd. 2 1847) S. 586: Die Handlung selbst (bedeutet soviel wie das übernommene Geschäft) muß als nötig oder nützlich zu betrachten gewesen sein, wenn auch der Erfolg dem nicht entsprochen hat. Ihnen hat sich später Gierke angeschlossen (Der Entw. eines B.G.B. und das deutsche Recht, vermehrte Ausg. 1889 S. 274 bis 275 Anm. 1): „Über die Ersatzansprüche des Geschäftsführers muß der objektive Maßstab der Notwendigkeit oder Nützlichkeit seiner Handlungsweise entscheiden." — Die übrigen forderten zwar einen wirklichen Nutzen, erklärten es aber für belanglos, wenn er nachträglich wieder fortfiel. So Mackeldey a. a. O. § 461; Mühlenbruch a. a. O. § 437 Anm. 11—13, § 439 Anm. 3; Glück a. a. O. S. 379; Puchta, Pandekten 5. Aufl. 1850 S. 464.

den „Notwendigkeitstheorien" dem Gestor nur dann einen Anspruch zu, wenn er einen dem Geschäftsherrn drohenden Schaden abgewendet hatte.[100]) Auf die besonderen Zwecke und Verhältnisse des Geschäftsherrrn nahm man dabei keine Rücksicht.

---

[100]) Malblanc: „Plena est (negotiorum gestio), quae dominum et negotiorum gestorem reciproce adstringit, et ad illos casus spectat, ubi necessitate urgente ad avertendum damnum-negotia domini gesta sunt" (vgl. oben S. 48 Anm. 98. Minus plena, d. h. nur den Gestor verpflichtend, ist die neg. gest. a) wenn kein Notfall vorlag und b) wenn der Gestor sui lucri causa eingegriffen hat [sogen. unechte neg. gest.]). Vangerow, Pandekten Bd. 3 1847 S. 481: „Der Regel nach wird der Dominus nur dann obligiert, wenn die Geschäftsführung geschehen, um drohenden Schaden abzuwenden, also in Notfällen, und nur bei dieser Voraussetzung bleiben die Ansprüche des Gestors begründet, wenn auch durch Unglücksfälle der wirkliche Eintritt des erwarteten Nutzens verhindert worden ist." Brinz, Pand. Bd. 2 2. Aufl. S. 641 Anm. 33: „Es muß eine res necessaria vorliegen, das Geschäft muß als solches notwendig sein." Auch Gierke mag hier genannt werden, wenn er auch gleichzeitig die Nützlichkeitstheorien empfiehlt (vgl. oben S. 49 Anm. 99). Gierke entscheidet sich eben nicht für die eine oder andere objektive Theorie, es kommt ihm nur darauf an, die objektiven Theorien überhaupt den subjektiven vorzuziehen (a. a. O. S. 275 Anm. 1). — Vgl. ferner preuß. A.L.R. I, 13 §§ 234 f. und österr. G.B. §§ 1036 f. Der Art. 1375 des Code civil neigt sich mehr den Nützlichkeitstheorien zu.

Die Notwendigkeitstheorien sind mit den Nützlichkeitstheorien zwar insofern verwandt, als sie wie diese im Prinzip eine objektive Anschauung vertreten; im übrigen stehen sie aber in scharfem Gegensatze zu ihnen, indem sie namentlich betonen, daß man den Geschäftsherrn nicht fremden Nützlichkeitsansichten preisgeben dürfe. Hierin liegt schon eine unverkennbare Annäherung an die individualistische Behandlungsweise des negotium utiliter gestum. – Neben den Anhängern der Notwendigkeitstheorie bekämpfen dann natürlich später auch die Vertreter der subjektiven Auffassung die Nützlichkeitstheorien. Die wichtigsten Widerlegungen der objektiven Nützlichkeit, bald in diesem, bald in jenem Sinne, findet man bei: Wächter a. a. O. S. 343, 344, 347, 348, 355 Anm. 26; Ruhstrat, Arch. f. civ. Prax. Bd. 32 S. 179, 180; Köllner a. a. O.

Nur vereinzelt finden sich auch hier schon Anklänge an das Interesse. So hält Leist[101]) zwar an der objektiven Auffassung fest und unterscheidet ein negotium necessarium, utile und voluptuarium, erkennt aber daneben das subjektive Element der voluntas domini an und betont, daß die „individuellen und konkreten Verhältnisse des Paterfamilias" beachtet werden müßten.[102]) Und Wächter, im übrigen ein entschiedener Verfechter des Notwendigkeitsprinzips,[103]) stellt neben

S. 79; Chambon, Die negotiorum gestio 1845 S. 63—66; Brinz a. a. O. S. 641 Anm. 33. Diese Widerlegungen übernehmen Vangerow a. a. O. S. 481 (die Wächtersche Widerlegung); Sturm, Das negotium utiliter gestum S. 13; Grote, Die Unterscheidung von notwendigen und nützlichen Geschäften usw., Erlanger Dissertation 1899, S. 18—20; Richter a. a. O. S. 11, 12; Schulz a. a. O. S. 17, 18; Windscheid-Kipp, Pandekten 8. Aufl. Bd. 2 S. 860 Anm. 17 und Brinkmann, Das Verhältnis der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zueinander (1855) S. 27 äußern sich nur kurz.

[101]) Das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten (Heft 2 der civilistischen Studien aus dem Gebiete dogmatischer Analyse), Jena 1855. S. 162.

[102]) a. a. O. S. 74; vgl. auch S. 46, 110, 121; hierüber auch unten S. 66.

[103]) Er lehrt a. a. O. S. 348—350: eine von Anfang an und ohne Rücksicht auf ihren Erfolg gültige und den Geschäftsherrn verpflichtende negotiorum gestio sei nur dann vorhanden, wenn die vom Gestor unternommene Handlung für den Geschäftsherrn eine res necessaria gewesen sei, notwendig habe geschehen müssen oder doch habe versucht werden müssen, entweder zur physischen oder juristischen Erhaltung der Sachen des Geschäftsherrn oder um sonst Schaden oder Unannehmlichkeiten von ihm abzuwenden. — Hierhin gehört nach Wächter (S. 350—351) auch die Besorgung der Gesamtheit der gewöhnlichen und laufenden Geschäfte eines anderen, und zwar soll in diesem Falle alles zur „res necessaria" gehören, was in den Bereich jener Geschäfte fällt, sollte es auch zunächst auf Nutzen abzielen. Dadurch wird der Begriff der Notwendigkeit stark erweitert; so auch Chambon, Die negotiorum gestio 1848 S. 67; Ruhstrat, Arch. f. civ. Prax. Bd. 32; Köllner a. a. O.

der Notwendigkeit des Geschäfts noch das weitere Erfordernis auf, daß der gemachte Aufwand den Verhältnissen des Geschäftsherrn angemessen und das Unternommene wirklich seinen Plänen und Absichten nicht geradezu in der Art entgegen sei, daß der Gestor sich einer Sache angenommen habe, die der Geschäftsherr habe zugrunde gehen oder durchaus in unverändertem Zustande habe lassen wollen, möge nun der Gestor von diesen Absichten gewußt haben oder nicht. Mit anderen Worten: Wächter versagt dem Geschäftsführer die actio contraria, wenn der Geschäftsherr an dem Zwecke der Geschäftsbesorgung kein „Interesse" hatte, mag das Geschäft auch objektiv betrachtet notwendig gewesen sein.[104])[105])

S. 79; Sturm, Das negotium utiliter gestum S. 107; Grote a. a. O. S. 13, 14. Und über den Begriff der notwendigen Geschäfte: Dernburg Pandekten 6. Aufl. Bd. 1 § 227 Anm. 6 unter Billigung der Ansicht Petrazykis (Einkommen Bd. 1 S. 291 f., 150 f.) und Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht (1896) Bd. 2 S. 472 bis 473.

[104]) Wächter beruft sich auch selbst (S. 352 Anm. 22) auf die l. 9 (10) § 1 D. h. t., die, wie wir sahen, ein treffendes Beispiel für das mangelnde Interesse abgibt. — Der Anschauung Wächters tritt Grote a. a. O. S. 12—16 bei. Grote irrt aber, wenn er als weitere Anhänger Wächters Arndts, Vangerow, Stintzing, Leist und Windscheid nennt.

[105]) Auch bei Ruhstrat findet man eine objektive und eine subjektive Auffassung nebeneinander. Er läßt nämlich für den Fall, daß der Geschäftsherr nicht verhindert gewesen war, das Nützlichkeitsprinzip entscheiden (Über negotiorum gestio 1858 S. 2—5); vgl. hierzu: Arndts in Haimerls österreichischer Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissenschaft Bd. 1; Literaturblatt S. 41 (1858); später das Notwendigkeitsprinzip (Arch. f. civ. Pr. Bd. 64 S. 145). Für den Fall der Verhinderung des Dominus aber vertritt er ein subjektives Prinzip. Da nun in der Regel Verhinderung des Dominus vorliegt, so vertritt Ruhstrat in der Hauptsache einen subjektiven Standpunkt. Er wird daher mit den anderen Anhängern der subjektiven Theorien zusammen zu behandeln sein. — Ruhstrat hat sich mit dem negotium utiliter gestum sehr lebhaft beschäftigt (vgl. Arch. f. civ. Pr. Bd. 32 S. 173 f., Bd. 33 S. 25 f.,

Bei Wächter findet man also das Interesse schon dem Sinne nach. Aber es konkurriert hier noch mit der objektiven Anschauung.[106]) Unbeeinträchtigt von objektiven Erwägungen zeigt es sich erst bei denen, die zu der römischrechtlichen Auffassung zurückkehren und in erster Linie die Absichten des Geschäftsherrn über die Nützlichkeit des Geschäfts entscheiden lassen.[107]) Doch muß man auch hier wieder zwei Parteien

213 f., Bd. 34 S. 59 f., Bd. 64 S. 110 f.; Jahrb. f. Dogmatik Bd. 9 S. 223 f., Bd. 19 S. 154 f., Bd. 27 S. 70 f.; Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 21 S. 365 f. und die Monographie: Über negotiorum gestio (1858).

[106]) Unter die objektiven Theorien pflegt man auch die Ersparnistheorie Jacobis zu rechnen. Jacobi lehrt (Jahrb. f. Dogm. Bd. 4 S. 221, 222), „so oft sich nachweisen lasse, daß der Geschäftsherr die für ihn bestrittenen Ausgaben selbst ebenfalls gemacht haben würde, greife der Gesichtspunkt durch, daß durch die einmalige Ersparnis eine dem Betrage der ersparten Auslagen gleichkommende Bereicherung bewirkt worden sei, so daß also der Dominus, möge er nun das Geschäft ablehnen wollen oder nicht, diesen Betrag jedenfalls ersetzen müsse." — Man kann diese Lehre geradeso gut unter die subjektiven Theorien rechnen, denn wenn auch eine Ersparnis sonst ein objektives Moment zu sein pflegt, so ist sie doch bei Jacobi nur gedacht, und die Voraussetzung, woran sie geknüpft wird, daß nämlich der Geschäftsherr die für ihn bestrittenen Ausgaben selbst ebenfalls gemacht haben würde, ist ein durchaus subjektives Moment. — vgl. über Jacobi: Brinz a. a. O. S. 642; Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. Bd. 9 S. 230, 231 und Sturm, Das neg. ut. gest. S. 112—114.

[107]) Die Anhänger dieser Anschauung hatten sich sowohl mit den Nützlichkeitstheorien wie mit den Notwendigkeitstheorien auseinanderzusetzen. Die bei der Widerlegung der Nützlichkeitstheorien Beteiligten wurden bereits erwähnt. Widerlegungen der Notwendigkeitstheorien finden sich bei v. Monroy, Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte (1878) S. 30 und S. 25—26 (hierüber Wächter und Leist); Windscheid-Kipp a a. O. S. 860 Anm. 17; Dernburg, Pand. 2. Aufl. Bd. 2 S. 323 Anm. 13. Von diesem wird betont, daß die Quellen nur deshalb notwendige Geschäfte als Beispiele vorzögen, weil das Notwendige in der Regel auch im Sinne des Dominus liege; vgl. die ähnliche Äußerung von Chambon a. a. O. S. 69, der darauf hin-

unterscheiden. Es stellte sich hier nämlich schon im gemeinen Rechte jene Meinungsverschiedenheit ein, die jetzt noch zwischen den Anhängern des putativen und des präsumtiven Willens obwaltet. Die einen sagten, man könne vom Gestor nur verlangen, daß er die Absichten des Dominus soweit beachte, als er sie bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt habe erkennen können; die anderen hingegen forderten, das Geschäft müsse den wirklichen Absichten des Dominus entsprechen, ob sie nun für den Gestor erkennbar gewesen seien oder nicht. Die eine Lehre mag kurz das gemäßigt subjektive Prinzip, die andere das streng subjektive Prinzip genannt werden. Bei der einen findet man das Interesse nur dem Sinne nach, während bei der anderen auch der Ausdruck „Interesse" gang und gäbe ist.

Der angesehenste Vertreter des gemäßigt subjektiven Prinzips war Dernburg.[108]) Er lehrte: „Viele Schrift-

weist, daß die utilitas absentium bei rebus necessariis besonders hervortrete (s. auch seine Ansicht über die l. 9 (10) § 1 D. h. a. a. O. S. 72); Ruhstrat, Arch. f. civ. Pr. Bd. 33 S. 223. — Gegen die Notwendigkeitstheorien ferner: Brinkmann a. a. O. S. 27; Sturm a. a. O. S. 13, 14, 33, 34; Richter a. a. O. S. 12, 13; Chambon a. a. O. S. 67—71; Köllner a. a. O. S. 79, 80; Ruhstrat, Arch. f. civ. Pr. Bd. 32 S. 181 und Jahrb. f. Dogm. Bd. 9 S. 226—267; Ogonowski, Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach österreich. Rechte (1877) S. 24, 25; die letzten vier bekämpfen namentlich Wächter.

[108]) Pandekten 2. Aufl. Bd. 2 S. 323, 324. Außer Dernburg kommen noch Plathner, Klawki und Sturm in Betracht. — Plathner (Jurist. Wochenschr. 1848 S. 317) meint, daß ein Anspruch nur dem Gestor zustehe, der in gutem Glauben, zum Besten des Geschäftsherrn zu handeln, die Geschäftsführung übernommen habe. Dieser gute Glaube aber könne gerechtfertigt oder ungerechtfertigt sein. Gerechtfertigt sei er, wenn die Umstände so lägen, daß jeder gute Hausvater das Geschäft vornehmen würde, der Geschäftsherr aber an der eigenen Übernahme verhindert sei; entgegengesetztenfalles sei der gute Glaube ungerechtfertigt. — Das klingt noch stark an die objektive Auffassung an. Im rein subjektiven Sinne hingegen spricht sich Klawki aus. (Der Ersatzanspruch aus der auftraglosen Führung fremder Geschäfte usw. Erlanger

steller bezeichnen als nützlich unternommen nur notwendige Geschäfte, d. h. zur Erhaltung des Vermögens des Geschäftsherrn bestimmte. Es ist zuzugestehen, daß solche Geschäfte vorzugsweise nützlich sind. Indessen sind sie dies keineswegs immer, namentlich dann nicht, wenn der Geschäftsherr das fragliche Vermögensstück als der Erhaltungskosten unwert nicht instand gesetzt haben wollte. Anderseits müssen auch nicht notwendige Geschäfte als nützlich unternommen gelten, wenn ihre Unternehmung für den Geschäftsherrn seinen Plänen und Wünschen entsprechend war. Man denke z. B. an den besonders günstigen Ankauf eines Grundstücks für einen Abwesenden, nach welchem derselbe schon lange zur zweckdienlichen Arron-

---

Dissertation 1898 S. 16, 17). Klawki sagt, daß der Geschäftsführer den Willen des Geschäftsherrn tunlichst berücksichtigen müsse. Falls der Geschäftsherr seinen Willen nicht irgendwie kundgegeben habe, dürfe der Geschäftsführer nur eingreifen, soweit er im einzelnen Falle annehmen könne und müsse, daß der Geschäftsherr die Aufopferung gebilligt haben würde, wenn er sie gekannt hätte. Klawki scheidet hier nicht scharf genug zwischen Geschäft und Aufopferung. Es ist etwas anderes, ob ich die Besorgung des Geschäfts billige oder die Vornahme der Aufopferung. Man kann ein Geschäft wollen, die dabei gemachte Aufopferung aber mißbilligen. — Sturm endlich führt aus (Das negotium utiliter gestum 1878 S. 15): „Die Römer verlangen von dem Gestor zweierlei: einmal die sorgfältige Nachforschung nach der Individualität des Herrn, sei es nun, daß er diese aus eigener Bekanntschaft oder von den Verwandten und Freunden des Herrn, oder aus den Gewohnheiten desselben, oder endlich aus der Lage des Geschäftskreises selbst entnehmen kann, zweitens eine Schlußfolgerung, welche ihn bei den obwaltenden Umständen berechtigt, anzunehmen, daß die erforschte Individualität so handeln würde, wie er zu handeln gedenkt. Erst wenn der Gestor diese Anforderungen befolgt, liegt ein negotium utiliter gestum vor." — Sturm war der entschiedenste Verfechter des gemäßigt subjektiven Prinzips (vgl. auch seine Schriften: Das Grnndprinzip der negotiorum gestio 1882 [S. 5] und die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag 1897 [S. 23]). Unter den neueren Kodifikationen ist hier das sächsische G.B. §§ 1345, 1346, 1352 zu nennen.

dierung seines Besitzes und erheblichen Verbesserung desselben gestrebt hatte.

Nützlich unternommen ist also die Geschäftsführung, sofern der Geschäftsführer annehmen konnte und mußte, daß sie der Geschäftsherr, wenn er in der Lage zu handeln gewesen wäre, selbst in Angriff genommen hätte."

Dernburg behandelt hier sowohl einen Fall des mangelnden Interesses: das „Vermögensstück, das der Geschäftsherr als der Erhaltungskosten unwert nicht instand gesetzt haben will", als auch einen Fall des positiven Interesses: „das Grundstück, nach welchem der Geschäftsherr schon lange zur zweckmäßigen Arrondierung seines Besitzes und erheblichen Verbesserung desselben gestrebt hatte".

Hier fehlt nur noch der Ausdruck „Interesse".[109]) Diesen als terminus technicus in die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag einzuführen, und dabei zugleich die Beziehung des Interesses des Geschäftsherrn zu seinem Willen für das utiliter gestum zu verwerten, das war dem streng subjektiven Prinzip vorbehalten, dem Prinzip, das bald alle anderen überflügelte.

γ) Das streng subjektive Prinzip im gemeinen Rechte.

1. Das Interesse des Geschäftsherrn und sein Verhältnis zum Willen des Geschäftsherrn nach dem streng subjektiven Prinzip.

„Quid si putavit se utiliter facere," heißt es in der schon mehrfach erwähnten l. 9 (10) § 1 D. h. t., „sed patri familias non expediebat? dico hunc non habiturum

---

[109]) Sturm prüft einmal (im neg. ut. gest. S. 8), ob man „utiliter" mit „im Interesse" übersetzen könne. Er hält aber den Ausdruck für nicht ganz geeignet. Nach Sturms Auffassung müßte man allerdings strenggenommen „im vermutlichen Interesse" sagen.

negotiorum gestorum actionem.“ Schon die römischen Juristen erwogen, ob der gute Glaube des Gestors genügen solle, und entschieden sich gegen ihn. Durchaus folgerichtig, denn wo bleibt die utilitas des Dominus, wenn er Geschäfte anerkennen muß, die ihn womöglich gar nichts angehen, wie das leicht vorkommen kann, wenn die Sorgfalt des Gestors allein entscheiden soll? Sturm[110]) hat hiergegen geltend gemacht, daß die Anforderungen an den Gestor nicht zu hoch geschraubt werden dürften, weil es sonst niemandem mehr einfallen würde, sich fremder Angelegenheiten anzunehmen. Aber das ist eine rechtspolitische Erwägung,[111]) die einem

---

[110]) Das negotium utiliter gestum, 1878 S. 14. Die Erwägung kehrt in den vier ersten Paragraphen der Sturmschen Schrift mehrfach wieder.

[111]) Sie fällt für den Gesetzgeber mit der Frage zusammen, ob er den ungerufenen Eingriff in fremde Angelegenheiten begünstigen solle oder nicht. Die modernen Gesetzgebungen sind dem Eingriffe des Gestors durchweg ungünstig gesinnt. Sie pflegen den Satz an die Spitze zu stellen, daß es an sich unerlaubt sei, sich in fremde Angelegenheiten zu mischen. Diesen Satz kannte auch das römische Recht, es sagt (l. 36 D. de R.J. 50, 17): „Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti.“ Aber es äußert diese Regel nicht im Zusammenhange mit der negotiorum gestio, es betont vielmehr bei diesem Institute den Grund für die Ausnahme von jener Regel, die utilitas absentium. Statt dessen heben das A.L.R. und das österreichische G.B. die grundsätzliche Unerlaubtheit des Eingriffs als ersten Hauptsatz der Geschäftsführung ohne Auftrag besonders hervor (A.L.R. § 528 I, 13, österreich. a. B.G.B. § 1035), und der Code civil betont an erster Stelle (Art. 1375) die Pflicht des Gestors, das angefangene Geschäft fortzusetzen, ebenfalls in der ausgesprochenen Absicht, die Geschäftsführung möglichst zu erschweren. Da die Begründung in den Discussions du Code Napoléon dans le Conseil d'état (par Delaporte, Paris 1808) 4to II de édition Tom. II pag. 349 besonders bezeichnend ist, so sei sie hier wiedergegeben. Der Konsul Cambacérés äußerte: „On rencontre par-tout des gens officieux, toujours prêts à se mêler des affaires d'autrui, très-souvent pour les gâter. Le remède contre leur zèle indiscret, et

fertigen Rechte gegenüber, das sich, wie das römische, unverkennbar auf einen anderen Standpunkt gestellt hat,[112]) nicht mehr am Platze ist. Das römische Recht wollte, daß jeder Herr im eigenen Hause sei, ja es sicherte einem jeden diese Herrschaft selbst dann, wenn er gar nicht in der Lage war, sie ausüben zu können. Wer für ihn eintrat, mußte sich so verhalten, wie sich der Herr selbst verhalten haben würde, mußte die Zwecke des Herrn treffen, seine Verhältnisse richtig beurteilen, oder, wie es die Anhänger des streng subjektiven Prinzips kurz und treffend ausdrückten: er mußte sich an das „Interesse" des Geschäftsherrn halten.

Dem „Interesse" des Geschäftsherrn, hieß es, müsse das Geschäft entsprechen, in seinem „Interesse" müsse es gelegen haben, und ähnlich. Fast alle, die die wirklichen Absichten des Dominus entscheiden lassen, reden auch von seinem Interesse.

So sagt Ruhstrat: „Der Gestor, dessen Eingreifen für den Dominus von Interesse war, so daß der letztere die Über-

---

quelque fois interessé, est de ne pas leur permettre d'abandonner, quand il leur plâit, l'affaire qu'ils ont commencée." Man begegnet ähnlichen Erwägungen auch in den Motiven zum B.G.B. (unten S. 89—90.).

[112]) Leist a. a. O. S. 121; Dankwardt, Die negotiorum gestio (1855,) S. 14; Köllner a. a. O. S. 84; Ruhstrat, Arch. f. civ. Pr. Bd. 32 S. 194, 195; Über neg. gest. (1858) S. 25; Jahrb. f. Dogm. Bd. 9 S. 240, Bd. 19 S. 257; Krit. Vierteljahrsschr. für Gesetzgebung und Rechtswissensch. Bd. 21 S. 370; Windscheid-Kipp a. a. O. Bd. 2 S. 862 Anm. 21 besonders gegen Sturm; Kohler, Jahrb. für Dogm. Bd. 25 S. 53, 55—56; Klattenhoff, Welchen Einfluß äußert auf den Ersatzanspruch usw., Erlanger Dissertation (1892) S. 8; Spalding, Der Begriff des negot. util. gestum, Greifswalder Dissertation 1895, S. 25, 26 (Spalding verkennt aber Kritz und Chambon, wenn er meint, sie ließen den putativen Willen genügen); Bermann, Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach schweizerischem Obl.-R., Züricher Dissertation (1896) S. 56; Lasker, Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem B.G.B. S. 3, 4; vgl. auch Brinz a. a. O. S. 642 Anm. 33.

nahme der Geschäftsführung gebilligt haben würde, wenn er von den Verhältnissen unterrichtet gewesen wäre, hat, soweit er gleich einem guten Hausvater verwaltete, Anspruch auf Ersatz aller Auslagen." [113])

Wie er bedienen sich Spalding[114]) und v. Monroy[115]) des Interesses.[116]) Besonders bezeichnend aber ist die Ausdrucksweise von Mengelberg,[117]) Arndts[118]) und Brinkmann,[119]) die von einem „wirklichen Interesse" des Geschäftsherrn reden, und ganz klar tritt der Interessebegriff bei Windscheid[120]) hervor, wenn er schreibt:

„Die Aufopferung[121]) muß im Interesse des Geschäftsherrn gelegen haben . . ." „Daß die Aufopferung im Inter-

---

[113]) Es ist dies die oben S. 52 Anm. 105 erwähnte Lehre Ruhstrats für den Fall der Verhinderung des Dominus. Arch. f. civ. Prax. Bd 64 S. 145.

[114]) a. a. O. S. 38.

[115]) Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte (1878) S. 29.

[116]) So äußert auch Richter a. a. O. S. 13: „Es mag genügen, hier festzustellen, daß nach der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts unter dem negotium utiliter gestum ein Geschäft zu verstehen ist, dessen Inangriffnahme durch den Geschäftsführer im Interesse des Geschäftsherrn liegt (und welches dann weiter so geführt wird, wie das mit Rücksicht auf die tatsächlich vorhandenen Verhältnisse, insbesondere auf die Person und Gepflogenheiten des Geschäftsherrn verständigerweise geschehen mußte)." — Vgl. über das letztere unten S. 84 ff.; s. auch Binding, Die Normen und ihre Übertretung (1890) S. 461, 462, und Bähr, der das Interesse in den § 549 seines Gegenentwurfs (1891) aufgenommen hat.

[117]) Der Einfluß des Fehlschlagens des Erfolgs usw., Erlanger Dissertation (1896), S. 20.

[118]) Pandekten a. a. O. S. 435, 436.

[119]) a. a. O. S. 27.

[120]) Pandekten a. a. O. S. 859 unter b und Anm. 17.

[121]) Über die Wendung „Aufopferung" vgl. das oben S. 55 Anm. 108 zu der Klawkischen Ansicht Gesagte.

esse des Geschäftsherrn gelegen haben müsse, drücken die Quellen so aus: es müsse ein utiliter gestum vorliegen. Die utilitas ist aber nicht nach objektiven Rücksichten zu bestimmen, sondern eben mit Rücksicht auf die besondere Lage und die besonderen Auffassungen des Geschäftsherrn."

Das ist genau der Iheringsche Interessebegriff: die Werteigenschaft in besonderer Beziehung auf die Zwecke und Verhältnisse des Subjekts.

„Im Interesse des Geschäftsherrn" soll das gestum liegen, das heißt also: es soll eine Beziehung bestehen zwischen den wirklichen, individuellen Zwecken und Verhältnissen des Geschäftsherrn auf der einen und dem vom Geschäftsführer erstrebten Erfolge auf der anderen Seite, innerhalb dieser Beziehung soll das Geschäft liegen. Mit anderen Worten: man muß sagen können, daß der vom Geschäftsführer beabsichtigte Erfolg dem Geschäftsherrn erwünscht sei oder doch — nach der Bestimmung des ganzen Instituts — erwünscht sein würde, wenn er von der Lage der Dinge Kenntnis hätte. Nach der Bestimmung des ganzen Instituts! Es ist selbstverständlich, daß das römische Recht und mit ihm das streng subjektive Prinzip des gemeinen Rechts nicht nur solchen Abwesenden den Eingriff eines Gestors sichern wollten, die die Sachlage schon so weit kannten, daß sie bereits ein fertiges Interesse hatten, nur daß sie an dessen weiterer Verfolgung verhindert waren, nein, auch in dem mindestens ebenso häufigen Falle, daß der Geschäftsherr von der Sachlage nichts wußte, also auch noch kein Interesse gefaßt haben konnte, sollte der Eingriff eines Gestors begünstigt werden. Man darf sich hier nicht durch den von Mengelberg, Arndts und Brinkmann gebrauchten Ausdruck „wirkliches Interesse" beirren lassen, als wenn nur ein Interesse in Betracht kommen könne, das wirklich vorhanden gewesen sei. „Wirklich" steht

in der Wendung „wirkliches Interesse“ nicht im Gegensatz zu „mutmaßlich“, sondern zu „putativ“, es soll nur zur Bezeichnung des streng subjektiven Prinzips dienen, nur ausdrücken, daß die Zwecke und Verhältnisse des Geschäftsherrn nicht so aufzufassen seien, wie sie der Geschäftsführer gesehen habe, sondern so, wie sie wirklich gewesen seien. Hatte also der Geschäftsherr noch kein Interesse gefaßt, so ist nach diesen Lehren nichts dagegen einzuwenden, wenn das Interesse vom Richter auf Grund der wirklichen Lage des Geschäftsherrn gemutmaßt wird.

Die Lehren des streng subjektiven Prinzips, daß das Geschäft im Interesse des Geschäftsherrn habe liegen müssen, bedeutet demnach, wenn man sich der Formel aus Iherings „Zweck im Recht“ bedient, kurz: es müsse der Geschäftsführer einen wirklichen oder mutmaßlichen Zweck des Geschäftsherrn verfolgt haben.

Und nicht allein über die Bedeutung des „Interesses des Geschäftsherrn“ geben die Lehren des streng subjektiven Prinzips Aufschluß, man erkannte auch damals schon, daß zum Handeln zweierlei gehöre: Interesse und Wille, und daß daher die Tätigkeit des Geschäftsherrn nur mangelhaft ersetzt werde, wenn lediglich ein wirkliches oder vermutliches Interesse des Herrn wahrgenommen werde, daß das Eintreten für den Geschäftsherrn vielmehr nur dann vollkommen sei, wenn der Geschäftsführer auch den Willen des Herrn wahrnehme.

v. Monroy, Bermann und Arndts haben dies deutlich zum Ausdrucke gebracht.

v. Monroy[122]) sagt: „Nur dann, aber auch stets dann, wenn das die Wahrnahme der Interessen des Dominus bezweckende Geschäft dessen Willen entspricht, hat der Gestor den Ersatzanspruch“, und Bermann[123]) führt aus: „Der

[122]) a. a. O. S. 29.

[123]) a. a. O. S. 29; Bermann spricht hier vom gemeinen Rechte; vgl. auch a. a. O. S. 61.

Gestor muß allerdings die persönlichen Verhältnisse des Geschäftsherrn, dessen Gewohnheiten und Besonderheiten der Bestimmung seiner Handlungsweise zugrunde legen: ohne dies kann er nie auf das utiliter gestum rechnen. Aber auch wenn er alles das berücksichtigt hat, ist ihm keinerlei Garantie gegeben, daß der Herr die Handlung als in seinem Sinne liegend anerkennen wird."

Ganz offenkundig aber rechnet Arndts[124]) mit einem selbständigen Willen neben dem Interesse, wenn er die actio contraria davon abhängen läßt, daß der Geschäftsführer mit Sorgfalt und verständiger Erwägung dem wirklichen Interesse des Geschäftsherrn gemäß, nicht dem ausdrücklich erklärten oder sonst erkennbaren Willen desselben zuwider gehandelt habe.[125])

Es kann also nach dem streng subjektiven Prinzip der Geschäftsführer ein Interesse des Geschäftsherrn wahrnehmen, d. h. einen wirklichen oder mutmaßlichen Zweck des Geschäftsherrn verfolgen und dessen Willen trotzdem verfehlen, und das ist eben dann der Fall, wenn der Geschäftsherr den Zweck noch nicht, oder anders als vom Geschäftsführer geschehen, verwirklicht wissen wollte.[126])

---

[124]) a. a. O. S. 435, 436.

[125]) Noch weiter geht v. Reinhardt (Ergänzungen zu Glücks Erläuterungen der Pand. Bd. 2 Abt. 1 S. 28), wenn er lehrt, der Geschäftsherr könne immer sagen, daß er gar nichts anerkenne, möge der Geschäftsführer nun zu seinem Vorteil gehandelt haben oder nicht. — Hierbei ist zu bedenken, daß der Geschäftsherr sich keines schikanösen Verhaltens schuldig machen darf (s. unten S. 79). Gegen v. Reinhardt vgl. Wächter a. a. O. S. 338 f.

[126]) Hierher gehört außer den S. 41 genannten Fällen auch der, daß der Geschäftsherr zwar das Geschäft will, aber nicht die Vertretung, etwa weil er die Sache selbst in die Hand nehmen will. Mit diesem Falle hat man sich im gemeinen Rechte mehrfach beschäftigt (Wind-

Und noch mehr: Die Vertreter des streng subjektiven Prinzips waren sich nicht nur darüber klar, daß der Wille keine notwendige Folge des Interesses ist, sie erkannten auch schon, daß umgekehrt das Interesse eine notwendige Voraussetzung des Willens bildet, so daß aus dem Vorhandensein des Willens auch immer auf das Vorhandensein des Interesses geschlossen werden kann.

Stintzing äußert in einer Besprechung der Leistschen Theorie:[127]) „Der bestimmte Wille, eine Sache verderben zu lassen, macht jeden zu ihrer Erhaltung gemachten Aufwand zu einem reinen voluptuarium. Umgekehrt aber kann durch den Willen des Dominus diese Beziehung auch gesteigert werden. Wir setzen für den Begriff des necessarium und utile voraus, daß das Geschäft den konkreten Verhältnissen entspreche und man daher sagen könne: dominum eadem facturum fuisse.

---

scheid-Kipp S. 859; Ruhstrat im Arch. f. civ. Pr. Bd. 32 S. 185, 187, 190, Bd. 30 S. 224 und in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 9 S. 239, 271 [über Ruhstrats Ausführungen v. Schey bei Gelegenheit einer Besprechung der Ogonowskischen Schrift in Grünhuts Zeitschr. Bd. 5 S. 440]; Sturm, Das neg. ut. gest. S. 45; im neuen Rechte bislang nur Schulz [oben S. 12]). Es kann auch vorkommen, daß der Geschäftsherr wohl vertreten werden will, aber gegen die Person des Gestors etwas einzuwenden hat (Windscheid-Kipp S. 859; Ruhstrat im Arch. f. civ. Pr. Bd. 32 S. 190 und in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 9 S. 239; v. Monroy a. a. O. S. 29; Bermann a. a. O. S. 90, 91; Thon im Arch. f. ziv. Pr. Bd. 80 S. 89. Im neuen Rechte: Schulz [oben]; Schollmeyer [oben S. 19]; Brückmann a. a. O. S. 121, 122, sowie Heinsheimer, Das deutsche B.G.B. und das Badische Recht B. 1 S. 280 unter 1b). — Nicht hierher gehört der Einwand des Geschäftsherrn, daß er die Verwirklichung des Zweckes nicht mehr gewollt habe, denn darin liegt in Wahrheit ein Bestreiten des Interesses und nicht des Willens. Gibt man nämlich die Verwirklichung des Zwecks auf, so gibt man gemeinhin auch das Interesse an dem Zwecke auf.

[127]) Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft Bd. 3 S. 173.

Wenn sich dieser Ausspruch nun nicht nur durch Schlußfolgerungen aus den Umständen, sondern durch einen konkret vorliegenden Entschluß des Dominus begründen läßt, so muß das ganze Geschäft wie sein eigenes unbedingt behandelt werden, und alle seine Folgen sind von ihm zu tragen." Auch bei Windscheid[128]) heißt es: „Dem Geschäftsführer steht um so eher ein Ersatzanspruch dann zu, wenn er sich auf den ausgesprochenen Willen des Geschäftsherrn berufen kann." Und ähnlich wie Stintzing und Windscheid sagt Thon:[129]) „Die Zustimmung des Geschäftsherrn enthebt den Geschäftsführer der Notwendigkeit, sonstige Umstände für die Nützlichkeit seiner Geschäftsführung vorzubringen. Die voluntas domini ist in der Tat das oberste zunächst entscheidende Prinzip hierfür. Wie keinerlei Nützlichkeitserwägung, welche den Geschäftsführer zum Handeln veranlaßt hat, ihm dann einen Ersatzanspruch zu gewähren vermag, wenn er gegen ein Verbot des Geschäftsherrn vorging, wie umgekehrt eine nachfolgende Genehmigung des Geschäftsherrn in allen Fällen die Prüfung sonstiger Utilität erspart: so darf der Geschäftsführer seinen Ersatzanspruch damit begründen, daß er den ihm bekannt gegebenen Wünschen des Geschäftsherrn gemäß gehandelt habe; vorausgesetzt nur, daß dem Geschäftsherrn die Erfüllung seiner Wünsche auch durch diesen Geschäftsführer genehm war.[130]) [131])

Hiernach ist ein wirklicher Entschluß des Geschäftsherrn der vornehmste Bestimmungsgrund für die Nützlichkeit des Geschäfts. Entspricht der Eingriff dem Willen des Dominus, so ist alles weitere Forschen nach Gründen der Nützlichkeit überflüssig, denn alle diese Gründe sind mit dem Willen ge-

---

[128]) a. a. O. S. 860, 861.

[129]) Arch. f. civ. Praxis Bd. 80 S. 88, 89.

[130]) Der Wille, vertreten zu werden. Vgl. oben S. 62 Anm. 126.

[131]) vgl. l. 30 (31) pr. D. h. t.; l. 5 pr. eod., auch l. 3 § 4, 6 D. de in rem verso 15, 3; (Wächter a. a. O. S. 569 Anm. 18).

geben. Ist der Wille des Geschäftsherrn da, so ist auch sein Interesse da, so ist auch ein Zweck des Geschäftsherrn verfolgt worden.

Und auch hiermit hat sich die Lehre vom streng subjektiven Prinzip nicht begnügt. Es ist ihr endlich auch gelungen, die besondere Beziehung des mutmaßlichen Willens zum Interesse festzustellen.

Ruhstrat[132]) lehrte, wie schon erwähnt, daß das Eingreifen des Gestors für den verhinderten Dominus von Interesse gewesen sein müsse, „so daß der letztere die Übernahme der Geschäftsführung gebilligt haben würde, wenn er von den Verhältnissen unterrichtet gewesen wäre". Ebenso, und zwar unter Berufung auf Ruhstrat, nimmt Mengelberg[133]) ein negotium utile an, „wenn ein Eingreifen des Gestors im wirklichen Interesse des Dominus gelegen war, in der Art, daß der Dominus die Übernahme der Geschäftsführung gebilligt haben würde". Noch deutlicher drückt sich Brinkmann[134]) aus, wenn er sagt: „Die Geschäftsführung muß dem wirklichen Interesse des Geschäftsherrn entsprechen, eine gestio utilis sein. Als eine solche ist diejenige zu betrachten, welche der Gewohnheit und folglich dem vermutlichen Willen des Dominus entspricht."[135]) Ähnlich sind

---

[132]) oben S. 58—59.

[133]) oben S. 59 Anm. 117.

[134]) a. a. O. S. 27.

[135]) Das Wort „vermutlich" gebraucht Brinkmann in dem Sinne von „präsumtiv". Das ergibt sich zunächst aus dem Präsens „entspricht". Er sagt aber auch selbst (a. a. O. S. 27): „Der Gestor kann nicht unbeschränkt klagen, wenn er wider den präsumtiven Willen des Dominus notwendige oder ohne den vermutlichen Willen desselben nützliche Verwendungen gemacht hat", und ferner: „Bei impensae utiles, voluptuariae, bei gewagten, verbotenen Geschäften, bei Dispositionen über Sachen und Rechte, wodurch mit denselben eine bleibende oder zum Teil auch nur vorübergehende Veränderung vorgenommen wird, muß bis zum

zwei Äußerungen aus dem älteren gemeinen Rechte, nur daß hier noch nicht das Wort „Interesse" verwendet wird: Kritz[136]) gibt dem Gestor einen Ersatzanspruch, wenn „die Umstände zu der Annahme berechtigten,[137]) daß der Abwesende, wenn er gekonnt hätte, ein der negotiorum gestioni entsprechendes Mandat gegeben haben würde", und Leist[138]) lehrt: „Ferner muß die necessitas nicht nur aus einem allgemeinen, abstrakten Maßstabe, sondern auch aus der vernünftigen Beurteilung der konkreten Verhältnisse des Dominus sich ergeben (d. h. nach den individuellen und konkreten Verhältnissen des Paterfamilias in Wirklichkeit vorhanden sein; a. a. O. S. 74),[139]) so daß man von ihm sagen kann, daß er selbst, wenn er in der Lage gewesen wäre, zu handeln, eadem facturum fuisse."[140])

Damit dürfte das Verhältnis des mutmaßlichen Willens zum Interesse aufgeklärt sein. Aus den Umständen, den individuellen Verhältnissen, der Gewohnheit, oder, wie es die Jüngeren kürzer und zugleich umfassender bezeichnen, aus dem Interesse wurde im gemeinen Rechte der mutmaßliche Wille gefolgert. Es ist dies dieselbe Ansicht, der man noch jetzt bei Dertmann und vielen anderen begegnet, wenn sie lehren, mangels besonderer entgegenstehender Momente entspreche eine Geschäftsführung, die das Interesse des Geschäftsherrn wahre, vermutlich auch dem Willen des Geschäftsherrn.[141])

Beweise des Gegenteils das Fehlen der voluntas domini präsumiert werden."

[136]) Pandektenrecht (1835) S. 353.

[137]) Man beachte das Präsens.

[138]) a. a. O. S. 121.

[139]) vgl. auch a. a. O. S. 46.

[140]) vgl. l. 3 § 4 D. de in rem verso 15, 3; ähnlich Dankwardt a. a. O. S. 26 und Witte, Die Bereicherungsklagen des gem. Rechts S. 7.

[141]) oben S. 6.

Aber widerspricht das nicht dem Grundsatze, daß der Wille keine notwendige Folge des Interesses ist? Es widerspricht ihm so wenig, daß es ihn sogar sehr glücklich ergänzt. In der Begründung jenes Satzes hieß es: Den natürlichen Abschluß des Interesses bildet ein entsprechender Wille.[142]) Diese Regel wird vom Richter für die Mutmaßung des Willens verwendet. Hat der Geschäftsführer einen Zweck verwirklicht, für den der Geschäftsherr interessiert war, also an Stelle des Geschäftsherrn dem Interesse den natürlichen Abschluß gegeben, so wird angenommen, daß er den Willen des Geschäftsherrn ausgeführt habe, er braucht also diesen Willen nicht mehr besonders nachzuweisen. Dadurch wird die Regel von der Selbständigkeit des Willens nicht im geringsten beeinträchtigt, denn dem Geschäftsherrn steht natürlich immer der Gegenbeweis frei, daß er in Wahrheit den Zweck noch nicht oder anders, als vom Geschäftsführer geschehen, habe verwirklicht wissen wollen, oder, falls er die Sachlage nicht gekannt hat, daß er die Verwirklichung des Zweckes noch nicht oder anders würde gewollt haben, wenn ihm die Lage der Dinge bekannt gewesen wäre. In diesem letzten Falle bilden die „entgegenstehenden Momente", von denen Oertmann spricht, die Quelle für die Mutmaßung, und zwar genau gesprochen für die Mutmaßung nicht des Willens, sondern des Willensmangels.

Hier tritt also der Satz, daß der Wille keine notwendige Folge des Interesses ist, wieder in seine Rechte. Und nicht allein der Geschäftsherr, auch der Geschäftsführer kann sich auf diesen Satz berufen, indem er darlegt, daß von ihm gerade die günstige Gelegenheit ausgenutzt worden sei, auf die der Geschäftsherr gewartet habe. Solche Fälle sind häufig genug. Dernburg führt einen an in seinem bereits er-

---

142) oben S. 41.

wähnten Beispiele von dem Grundstücksankaufe.[143]) In Fällen dieser Art stützt sich der Geschäftsführer auf den Wegfall der entgegenstehenden Momente und bringt Umstände vor, aus denen ein positiver mutmaßlicher Wille des Geschäftsherrn folgt.

Der Satz von der Selbständigkeit des Willens lautet somit ergänzt und auf die Geschäftsführung ohne Auftrag angewendet: *Liegt das Geschäft im Interesse des Geschäftsherrn, so braucht es deshalb noch nicht seinem Willen zu entsprechen, wenn auch der mutmaßliche Wille des Geschäftsherrn bis zum Nachweise abweichender Umstände aus seinem Interesse gefolgert werden kann.*

So verwertete man im gemeinen Rechte für die Feststellung des utiliter gestum nicht allein das Interesse in seiner allgemeinen Bedeutung, man kannte und verwendete auch die Wechselbeziehung zwischen Interesse und Willen, wonach das Interesse die psychologische Voraussetzung des Willens, der Wille die psychologische Folge des Interesses ist, man erkannte endlich auch die besondere Beziehung des mutmaßlichen Willens zum Interesse und wandte sie auf das utiliter gestum an. Und doch fehlt hier noch eins: man findet jene Momente bald hier, bald dort, bald bei diesem, bald bei jenem Autor, beim einen das Interesse, beim andern den Satz vom selbständigen Willen, beim dritten den vom unselbständigen Interesse, beim vierten die Folgerung des mutmaßlichen Willens aus dem Interesse, bei einigen auch zwei Momente zusammen, bei keinem aber alle nebeneinander. Der systematische Zusammenhang aller Momente ist es, den man noch vermissen muß.

Aber auch dieser war dem streng subjektiven Prinzip nicht fremd: *Ogonowski*, *Chambon* und *Köllner* haben ihn erkannt und verwertet.

---

[143]) oben S. 55—56.

Ogonowski[144]) lehrt, ein dem Willen des Geschäftsherrn gemäß unternommenes Handeln anderer sei nach römischem Rechte grundsätzlich rechtsgültig und für den Geschäftsherrn verbindlich, sobald der Wille, wenn auch nicht in der civilrechtlichen Form des Mandatskontrakts, so doch in anderer Art ausdrücklich geäußert worden sei (l. 1 pr. D. quod jussu 15, 4).[145]) Aus diesem Grundsatz habe sich die Verbindlichkeit des Geschäftsherrn bei der Geschäftsführung ohne Auftrag entwickelt, und zwar sei der Grundsatz allmählich dahin erweitert worden, daß man jedes Interesse des Geschäftsherrn auf Vertretung für geeignet gehalten habe, den entsprechenden Willen des Geschäftsherrn erkennbar zu machen und das Einschreiten eines Gestors als mit diesem Willen übereinstimmend erscheinen zu lassen. Die Feststellung eines solchen Interesses habe ihren Anhaltspunkt an der Nützlichkeit des Geschäfts (l. 9 [10] § 1 D. h. t.), und zwar sei im konkreten Falle darauf zu sehen, ob der Dominus als ordentlicher Hausvater[146]) das Geschäft für notwendig oder vorteilhaft erachtet und es unternommen haben würde.

Hier stehen Interesse[147]) und Wille des Geschäftsherrn getrennt nebeneinander, auch die Mutmaßung beider findet man und daneben den wirklichen Willen, der jede weitere Prüfung der Nützlichkeit überflüssig macht. Den ausdrücklichen Willen des Geschäftsherrn verwendet Ogonowski in derselben Weise wie Stintzing, Windscheid und Thon, nämlich

---

[144]) a. a. O. S. 20 f.

[145]) s. hierzu auch l. 3 § 4 D. de in rem verso 15, 3: ... nisi forte mandatum aut voluntatem habuit.

[146]) vgl. hierüber unten S. 77—78.

[147]) Ogonowski spricht zwar von einem „Interesse auf Vertretung", meint damit aber die Beziehung nicht etwa der Vertretung selbst, sondern des Zwecks der Vertretung auf den Geschäftsherrn. Das ergibt sich aus seinen Ausführungen a. a. O. S. 16—20.

als vornehmsten Bestimmungsgrund für die Nützlichkeit des Geschäfts, den mutmaßlichen Willen läßt er nur subsidiär gelten. Die Quelle für die Mutmaßung des Willens ist bei ihm, wie bei Ruhstrat, Mengelberg, Brinkmann, Kritz und Leist, das Interesse, und auch dieses wiederum wird gemutmaßt, es ergibt sich aus dem, was der Dominus selbst für notwendig oder vorteilhaft erachtet haben würde, also aus der wirklichen Lage des Dominus in ihrer Beziehung auf den vom Gestor verfolgten Zweck.

Ogonowski steht, wie bemerkt, mit dieser systematischen Verwendung aller Erscheinungsformen des Interesses und Willens nicht allein. Seine Anschauung wird bestätigt durch die Lehren Chambons und Köllners.

Chambon führt aus:[148]) der Gestor habe die Geschäfte so zu führen, wie sie der Herr selbst geführt haben würde. Der Wille des letzteren, insofern er sich durch Worte und Handlungen zu erkennen gegeben habe,[149]) sei daher die nächste Richtschnur, der der Gestor folgen müsse. Es sei seine Pflicht, diesen Willen zu erforschen; gelinge ihm das aber nicht, so sei es die Individualität, die Stellung und die übrigen Verhältnisse, die er in Erwägung ziehen und wonach er seine Tätigkeit einrichten müsse; erst wenn im einzelnen Falle diese nicht in Betracht kämen, liege es ihm ob, den materiellen Vorteil

---

[148]) a. a. O. S. 71.

[149]) d. h. soweit ihn der Dominus zu erkennen gegeben hat, und nicht, soweit ihn der Gestor erkennen konnte. Daß Chambon die gehörige Sorgfalt des Gestors nicht ausreichen läßt, ergibt sich aus seiner Äußerung zur l. 9 (10) § 1 D. h. t. Er sagt hier: „non necessaria insula bedeutet ein Haus, das der Herr nach seinen Verhältnissen nicht braucht, das zu behalten nicht in seinem Sinne lag, weshalb die darauf gemachten Verwendungen auch nicht nützliche — utiles — sind" (a. a. O. S. 72). — Ebenso wird Chambon von Windscheid beurteilt (a. a. O. S. 862 Anm. 21).

des Herrn im Auge zu haben,[150]) denn allerdings solle er nie ganz willkürlich und nach eigenem Gutdünken verfahren.

Und Köllner bemerkt,[151]) der Gestor habe, weil er Stellvertreter sei, so zu handeln, als ihm der Wille dessen, den er vertrete, vorschreibe, oder als der Geschäftsherr selbst gehandelt haben würde. Er habe also nur solche Geschäfte zu besorgen, die der Geschäftsherr selbst besorgt haben wolle, oder zu besorgen pflege, oder, falls er selbst an der Spitze der Geschäfte gestanden hätte, besorgt haben würde. Man müsse daher zwei Gruppen von Fällen unterscheiden. Der Gestor geriere utiliter:

1. wenn er Geschäfte führe, die der Geschäftsherr besorgt haben wolle,

2. wenn er Geschäfte führe, die den individuellen Verhältnissen und der Lage des Geschäftsherrn entsprächen.

Bei Köllner und Chambon zeigt sich also dieselbe Anordnung, wie bei Ogonowski. Der wirkliche Wille des Geschäftsherrn geht allem anderen vor, weil mit ihm alles andere gegeben ist. Fehlt er, so kann er durch das wirkliche oder mutmaßliche Interesse und damit auch durch den mutmaßlichen Willen ersetzt werden.[152])

Klare Scheidung und Gruppierung des Wirklichen und des Mutmaßlichen ist es vor allem, was Ogonowski, Chambon und Köllner auszeichnet. Man gewinnt dadurch

---

[150]) Man könnte das für eine Anleihe bei den objektiven Theorien halten. Es ist aber zu bedenken, daß Chambon nicht allein von der Übernahme, sondern auch von der Ausführung des Geschäfts spricht, und daß man im gemeinen Rechte, wie noch gezeigt werden wird, bei der Ausführung des Geschäfts auch solche Handlungen ausreichen ließ, die der Gestor nach billigem Ermessen für vorteilhaft halten durfte.

[151]) a. a. O. S. 81, 82.

[152]) Auch v. Monroy läßt den mutmaßlichen Willen subsidiär neben dem wirklichen zu (a. a. O. S. 30); s. ferner Ruhstrat im Archiv f. civil. Prax. Bd. 32 S. 191 f.

ein wohlgeordnetes Gesamtbild der Anwendung aller Arten von Interesse und Willen des Geschäftsherrn.

Das Wirkliche gilt zunächst, das Mutmaßliche nur aushilfsweise. Je weiter die Kenntnis und das Urteil des Herrn über die Sachlage gediehen ist, desto kleiner wird das Feld für die Mutmaßung, je weniger der Herr von der Lage der Dinge weiß, desto weiter dehnt sich die Mutmaßung aus. Mit andern Worten: die Verwertung des wirklichen und des mutmaßlichen Interesses sowie des wirklichen und des mutmaßlichen Willens richtet sich nach der Kenntnis des Geschäftsherrn von der Sachlage.

Ging die Kenntnis des Herrn so weit, daß er bereits ein Interesse gewonnen und einen entsprechenden Willen gefaßt hatte, nur daß er an der Ausführung des Willens verhindert war, so ist sein wirkliches Interesse und sein wirklicher Wille maßgebend.[153]) Wußte er von der Sachlage nur soviel, daß er zwar ein Interesse aber noch keinen Willen hatte, so entscheidet sein wirkliches Interesse und sein mutmaßlicher Wille. Wußte er nichts von der Lage der Dinge, so gibt sein mutmaßliches Interesse und sein mutmaßlicher Wille den Ausschlag.

So lernt man durch Prüfung des alten Rechts, des nämlichen Stoffes, als dessen bewegende Kraft Ihering den Zweck erkannte, die Bedeutung der Iheringschen Zweckbeziehung für den Ersatzanspruch des Geschäftsführers kennen. Interesse und Wille in dem von Ihering erläuterten allgemeinen Sinne sind die Elemente, aus denen sich das utiliter gestum zusammensetzt. Ihre Gestalt ist so verschieden, wie die Lebensverhältnisse, unter denen sie sich bilden; bald sind sie hochentwickelt, bald erst im Anfange ihrer Ausbildung. Wo aber Interesse und Wille eines Rechtsträgers in einer für ihn ohne Auftrag unternommenen Geschäftsführung zu-

[153]) Nachgewiesen braucht bloß sein wirklicher Wille zu werden, weil damit das wirkliche Interesse gegeben ist.

sammentreffen, da vereinigen sie sich, mögen sie aussehen, wie sie wollen, zum utiliter gestum.

2. Die Formulierung des streng subjektiven Prinzips.

Das römische Recht müßte nicht seinen praktischen Blick für die Lebensverhältnisse, seine knappe und klare Ausdrucksweise haben, wenn es nicht einen Satz hätte finden können, in dem es alle jene Vereinigungsformen von Interesse und Willen des Geschäftsherrn kurz und lebendig zusammenfaßte. In der l. 3 § 4 D. de in rem verso 15, 3 heißt es: „nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset.“ Man muß sagen können „dominum eadem facturum fuisse“, das paßt auf alle Arten der Vereinigung von Interesse und Willen.

Daß es auf das Interesse und den mutmaßlichen Willen paßt, ergibt schon die bereits erwähnte Leistsche[154]) Ausführung. Der Meinung Leists stimmt Dankwardt zu, indem er bemerkt,[155]) es sei richtig, wenn man beim Fehlen eines wirklichen Willens des Herrn darauf abstelle, ob in probabler Weise gesagt werden könne: „dominum eadem facturum fuisse.“

Paßt dieser Satz aber schon auf das Interesse samt dem mutmaßlichen Willen, so paßt er ganz gewiß auch auf den wirklichen Willen mit dem Interesse, denn hatte der Herr schon ein wirkliches Interesse und einen wirklichen Willen, so würde er auch ganz sicher selbst Hand angelegt haben, wenn er gekonnt hätte. So beruft sich denn auch Stintzing an der bereits[156]) wiedergegebenen Stelle auf das „dominum eadem facturum fuisse“ und führt aus, wenn sich dieser

---

[154]) oben S. 66.

[155]) in der Kritischen Zeitschr. für die gesamte Rechtswissenschaft Bd. 3 S. 161.

[156]) oben S. 63–64.

Ausspruch nicht nur durch Schlußfolgerungen aus den Umständen, sondern durch einen konkret vorliegenden Entschluß des Dominus begründen lasse, so müsse das ganze Geschäft wie sein eigenes unbedingt behandelt werden, und alle seine Folgen seien von ihm zu tragen.

Da der Satz „dominum eadem facturum fuisse" mithin beim Wirklichen so gut wie beim Mutmaßlichen paßt, so ist es nur folgerichtig, wenn Chambon ihn an die Spitze seiner Lehre stellt. Er äußert, wie schon erwähnt wurde,[157]) der Gestor habe die Geschäfte so zu führen, wie sie der Herr selbst geführt haben würde, und hieraus folgert er, daß sowohl die wirklichen, wie auch in deren Ermanglung die mutmaßlichen Absichten des Dominus zu beachten seien.[158])

Nur zu einem Mißverständnisse könnte jener Satz verleiten, insofern man glauben könnte, daß ein utiliter gestum nur dann vorliege, wenn der Dominus das Geschäft selbst, d. h. in eigener Person, unternommen haben würde, nicht aber dann, wenn er es einem anderen übertragen haben würde. Witte[159]) sagt daher, um ganz sicher zu gehen, daß der Prätor die actio contraria in allen den Fällen gegeben habe, in denen der Dominus entweder selbst oder durch einen

---

[157]) oben S. 70.

[158]) oben S. 70ff. — Hier ist auch Wächter zu nennen (a. a. O. S. 345, 346 Anm.) sowie Jacobi a. a. O. S. 221; vgl. auch Windscheid-Kipp a. a. O. S. 859 Anm. 17; Förster-Eccius a. a. O. S. 472 und Dernburg, nur daß dieser das „dominum eadem facturum fuisse" seinem gemäßigt subjektiven Standpunkte entsprechend im Sinne des putativen Willens verwertet. Er sagt: „Nützlich unternommen ist die Geschäftsführung, sofern der Geschäftsführer annehmen konnte und mußte, daß sie der Geschäftsherr, wenn er in der Lage zu handeln gewesen wäre, selbst in Angriff genommen hätte" (Pandekten 2. Aufl. Bd. 2 S. 324).

[159]) a. a. O. S. 7.

Beauftragten die fragliche Handlung vorgenommen haben würde.[160])

Diese Teilung vermeiden Windscheid, Arndts, Ruhstrat, v. Monroy und Dankwardt, indem sie darauf abstellen, ob der Dominus die Geschäftsführung „gebilligt", „genehmigt", „gutgeheißen" haben würde und hiermit war denn nun eine klare Formulierung des streng subjektiven Prinzips gefunden, die auf alle Vereinigungsformen von Interesse und Willen paßte.[161])

---

[160]) Kritz (a. a. O. S. 353, vgl. oben S. 66) fragt nur, ob der Dominus ein Mandat erteilt haben würde, und nicht, ob er das Geschäft selbst unternommen haben würde.

[161]) Windscheid lehrt a. a. O. S. 859: „Man muß sagen können, daß, wenn der Geschäftsherr die Aufopferung des Geschäftsführers gekannt hätte, er sie gebilligt haben würde", und Arndts schließt an seine schon erwähnte Definition des utiliter gestum (oben S. 62) die Worte an: „so daß nach allen Umständen anzunehmen ist, dieser (nämlich der Geschäftsherr) würde, falls er seinen Willen kundzugeben Gelegenheit gehabt hätte, solche Art der Stellvertretung gebilligt haben." Diesen Satz wiederholt Arndts in einer Besprechung der Schrift Ruhstrats „Über negotiorum gestio (1858) (Haimerls Österreich. Vierteljahrsschr. für Rechts- und Staatswissenschaft Bd. 1 Literaturbl. S. 44); er sagt hier: „Das Entscheidende ist also überall, wie der Verfasser auch in seiner früheren Abhandlung (gemeint ist Arch. f. civ. Prax. Bd. 32, 33 und 34) schon gelegentlich andeutet, ob die Umstände so beschaffen sind, daß der Geschäftsherr ohne Unredlichkeit nicht in Abrede stellen kann, er würde das Geschehene gutgeheißen haben, wenn er voraus darum gewußt hätte." — Ruhstrat beruft sich in der Abhandlung von 1858 selbst auf die Arndtsschen Pandekten und führt aus (a. a. O. S. 25): „Es kommt darauf an, ob der Dominus nach seiner Persönlichkeit und seinen besonderen Verhältnissen die Übernahme der Verwaltung des Gerenten genehmigt haben würde, wenn er in der Lage gewesen wäre, eine Erklärung abgeben zu können." Den Satz hat Ruhstrat in seinen zahlreichen späteren Abhandlungen über die negotiorum gestio mehrfach wiederholt (Jahrb. für Dogm. Bd. 19 S. 256 und 306; Kritische Vierteljahrsschr. für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 21 S. 370, 371; Arch. f. civ. Pr. Bd. 64 S. 145, vgl. oben S. 58—59. — Ruhstrats

Danach bedeutet die Formel „dominum eadem facturum fuisse“ oder gemeinrechtlich ausgedrückt „man muß sagen können, daß der Geschäftsherr die Geschäftsführung gebilligt haben würde, wenn er sie gekannt hätte“ offenbar genau dasselbe, wie die jetzige Formulierung, wonach die Geschäftsführung dem Interesse und Willen des Geschäftsherrn entsprechen soll, und diese Fassung ist nichts, als eine Übersetzung des römischen Satzes ins Abstrakte, Interesse und Wille sind nichts, als der vollendete abstrakte Ausdruck für das streng subjektive Prinzip.

Ist dies Ergebnis schon jetzt so gut wie sicher, so wird es unumstößlich gewiß durch eine Prüfung der Entstehungsgeschichte des § 683 B.G.B.

Zum völligen Verständnisse der Gesetzgebungsgeschichte und der jetzigen Fassung des utiliter gestum ist es aber vorerst erforderlich, noch ein wenig beim gemeinen Rechte zu verweilen und auf die alten Lehren von den Einschränkungen des streng subjektiven Prinzips, der Verteilung der Beweislast und der Trennung von Übernahme und Ausführung des Geschäfts einen kurzen Blick zu werfen.

3. Die Einschränkungen des streng subjektiven Prinzips.

Die unbeschränkte Freiheit, die das streng subjektive Prinzip dem Geschäftsherrn in der Ordnung seiner Privatangelegenheiten auch einem hilfreichen Gestor gegenüber zu-

---

Ansicht teilt, wie bereits oben S. 65 bemerkt, Mengelberg; vgl. auch Binding a. a. O. S. 461). — v. Monroy endlich (a. a. O. S. 30; vgl. oben S. 71 Anm. 152) bedient sich der Windscheidschen Formel, wendet sie aber nur auf den mutmaßlichen Willen an. Er sagt: „Damit die Handlung dem Willen des Geschäftsherrn entspreche, ist nicht erforderlich, daß dieser Wille bereits vollständig entwickelt sei. Vielmehr genügt es, wenn feststeht, daß, wenn der Geschäftsherr die Aufopferung des Geschäftsführers gekannt hätte, er sie gebilligt haben würde.“

gestand, legte die Befürchtung nahe, daß manche Geschäftsherren ihre Befugnisse durch willkürliche Anforderungen an die Geschäftsführung mißbrauchen und dadurch nicht nur die Gestoren, sondern auf die Dauer auch das ganze Institut schädigen würden.

Um dem vorzubeugen, lehrten einige gemeinrechtliche Schriftsteller, ein utiliter gestum liege schon dann vor, wenn man sagen könne, daß der Geschäftsherr als bonus paterfamilias die Geschäftsführung gebilligt haben würde.

Diese Lehre ist auch für das geltende Recht deshalb von Bedeutung, weil sie, wie noch näher gezeigt werden wird, in den § 753 des ersten Entwurfs des B.G.B. aufgenommen worden ist, und so die Entwicklung der heutigen Lehre vom utiliter gestum beeinflußt hat.

Der entschiedenste Vertreter der Lehre im gemeinen Rechte war Dankwardt.[162]) Er meint, man müsse annehmen können, daß die für den Geschäftsherrn vorgenommene Handlung im Augenblicke ihres Beginnes von diesem als einem guten und sorgsamen Hausvater habe gebilligt werden müssen, so daß eine hinterherige Verweigerung seiner Ratihabition auf seine Borniertheit, seinen Eigensinn, den unglücklichen Erfolg des Unternehmens oder endlich die kasuelle Wiedervernichtung des erreichten glücklichen Erfolges zurückzuführen sei. Man habe sich den Dominus als einen bonus et diligens paterfamilias zu denken und nach diesem Maßstabe die Nützlichkeit des Geschäfts abzumessen, denn es könne nicht angenommen werden, daß jemand noch so feststehende Grundsätze festhalte, wo ihre Anwendung in concreto als Torheit erscheinen müsse.

Ähnlich ist die schon erwähnte Auffassung Ogonowskis,[163])

---

[162]) a. a. O. S. 26 und 30.

[163]) oben S. 69.

wonach man im konkreten Falle darauf zu sehen hat, ob der Dominus als ordentlicher Hausvater das Geschäft für notwendig oder vorteilhaft erachtet und es unternommen haben würde. Die Feststellung der Nützlichkeit ist nach Ogonowski[164]) „der subjektiven Anschauung der einen oder der anderen Partei entzogen", der arbitratus boni patrisfamilias soll sowohl den Geschäftsherrn gegen unerwünschte Nützlichkeitsansichten anderer schützen, als auch dem Geschäftsführer den Ersatz seiner Auslagen von vornherein sichern. Der Gestor kann „nur solche Geschäfte unbeauftragt besorgen, welche und wie sie der Geschäftsherr arbitratu boni patrisfamilias als konvenierend, notwendig oder vorteilhaft anerkennen muß". Demgegenüber darf der Geschäftsherr nicht einmal beweisen, daß er eine vom arbitratus boni patrisfamilias abweichende Ansicht gehabt haben würde, nur der Beweis des ausdrücklichen Verbots der Geschäftsführung steht im frei.

Für den arbitratus boni patrisfamilias soll also eine Vermutung sprechen, gegen die nur der Beweis der Prohibition des Geschäfts zugelassen ist.[165])

---

[164]) a. a. O. S. 23.

[165]) a. a. O. S. 26. Zu einem ähnlichen Ergebnisse gelangt auch Dankwardt, er hält aber die Behauptung der Prohibition für „keine exceptio, sondern für ein indirektes Leugnen des Klagegrundes" (a. a. O. S. 33), läßt also den Geschäftsführer die Negative beweisen. — Förster-Eccius sei hier ebenfalls genannt. Er führt a. a. O. S. 472 aus, daß nützlich die Besorgung eines jeden Geschäftes sei, das auch der Herr unternommen haben würde, wenn man sich ihn als einen ordentlichen Hausvater denke. — Auch Plathner spricht von der vermutlichen Billigung des Geschäfts durch den Dominus als einen bonus paterfamilias, bleibt aber dabei seiner gemäßigten Anschauung treu, indem er ausführt, man solle nur solche Geschäfte übernehmen, von denen man vernünftigerweise erwarten könne, ein jeder gute Familienvater werde sie gutheißen (a. a. O. Sp. 319). — Die Lehre, daß der arbitratus boni patrisfamilias entscheide, beruht auf einer falschen Auffassung von

Nicht zu verwechseln mit den Lehren Dankwardts und Ogonowskis ist die Arndtssche[166]) Ansicht, daß der Dominus sich beim Bestreiten der Nützlichkeit des Geschäfts keiner Unredlichkeit schuldig machen dürfe. Hiermit will Arndts nur auf die Anwendbarkeit der exceptio doli generalis aufmerksam machen, wie sich denn ein ähnlicher Hinweis auch bei Jacobi,[167]) Bermann[168]) und Brinkmann[169]) findet. —

Ein anderer Gedanke liegt der Einschränkung zugrunde, die das utiliter gestum durch die actio funeraria erfahren hat. Während die präsumtive Billigung des Geschäfts durch den Dominus als einen bonus paterfamilias einen Schutz der privaten Interessen des Gestors bezweckt, dient die actio funeraria der Durchführung öffentlicher Interessen. Da diese Klage in der Gestalt, die sie im gemeinen Rechte erhalten hat, in das B.G.B. (§§ 679, 683) übernommen worden ist, und auch dort eine wichtige Einschränkung der utilitas negotii ausmacht, so muß hier das Wichtigste über ihr Wesen und ihre Entwicklung erwähnt werden.

Die actio funeraria, die Klage desjenigen, der eine Leiche bestattet hatte, gegen den eigentlich hierzu Verpflichteten, hatte ihren Hauptgrund in dem religiösen Gefühl der Römer,[170])

---

den Worten „quae oneratura est patremfamilias“ und „sed patrifamilias non expediebat“ in der l. 9 (10) § 1 D. h. t. (vgl. Ogonowski a. a. O. S. 22 und Plathner a. a. O. Sp. 319), als wenn hier von einem bonus paterfamilias die Rede wäre.

[166]) In der S. 75 erwähnten Besprechung Ruhstrats (Anm. 161).

[167]) a. a. O. S. 222.

[168]) a. a. O. S. 57, 29.

[169]) a. a. O. S. 27.

[170]) Schneider, Die allgemeinen subsidiären Klagen des römischen Rechts 1834 S. 503, 504; Walther, in der Zeitschr. für Civilr. und Prozeß Bd. 17 S. 371 ff.; Jhering, Geist des römischen Rechts Bd. 1 § 18a Note 197 (5. Aufl. S. 294); Wlassak, Zur Geschichte der nego-

sowie darin, daß die öffentliche Gesundheitspflege eine rechtzeitige Bestattung dringend erforderte.[171]) Auf den Nutzen des einzelnen, den Zweck der negotiorum gestio war die Klage nicht bedacht, und da sie zudem auch wohl älter war, als die actio neg. gest. contraria,[172]) so näherte sie sich dieser erst, als sie in das prätorische Recht übernommen wurde. Dort aber wurde sie eng an die actio negotiorum gestorum contraria angegliedert, denn im prätorischen Rechte war diese die ältere und ausgebildetere.[173]) Doch blieb diese enge Beziehung zwischen beiden Klagen nicht immer bestehen. Die römische Rechtswissenschaft brach vielmehr für die actio funeraria mit der streng subjektiven Auffassung des utiliter gestum und gab die Klage auch dem, der gegen den Willen des Verpflichteten die Bestattung übernommen hatte.[174]) Später ließ man dann auch das für die negotiorum gestio unentbehrliche Erfordernis des animus aliena negotia gerendi bei der actio funeraria fallen, indem man diese Klage auch dann zuließ, wenn jemand die Bestattung in dem Irrtume auf sich genommen hatte, daß er dazu verpflichtet sei.[175]) Man besann

---

tiorum gestio 1879 S. 187 Anm. 8; Sturm, Das negotium utiliter gestum S. 82; Funcke, Die actio funeraria, Hallenser Dissert. 1890, S. 5—10; Klawki a. a. O. S. 21; Richter a. a. O. S. 25.

[171]) l. 12 § 3 D. 11, 7; Brinz 2. Aufl. Bd. 2 Abt. 2 S. 655; Funcke a. a. O. S. 9; Klawki a. a. O. S. 21.

[172]) Zimmermann, Echte und unechte negotiorum gestio 1872 S. 137 Anm. 55; Wlassak a. a. O. S. 187 Anm. 8; Funcke a. a. O. S. 5—22; Klawki a. a. O. S. 22 Anm. 36; Richter a. a. O. S. 25 Anm. 4; and. Mein.: Chambon a. a. O. S. 202; Köllner a. a. O. S. 115.

[173]) Funcke a. a. O. S. 11, 16, 22; Klawki a. a. O. S. 22, 23.

[174]) Allerdings nur unter Umständen (ex causa): Labeo in der l. 14 § 13 D. 11, 7.

[175]) Aber auch hier nur ex causa: Ulpian in der l. 14 § 11 D. h. t. gegen Trebatius und Proculus (vgl. auch l. 12 § 3 D. h. t.).

sich eben wieder darauf, daß es sich hier nicht um den Nutzen des einzelnen handle, sondern um Zwecke der Religion, der Pietät und der öffentlichen Gesundheitspflege.

Noch weiter ging die l. un. § 3 D. de via publ. 43, 10, die dem Mieter, wenn er sich für den Hauseigentümer der Unterhaltung der Straße unterzogen hatte, das Recht gab, seine Auslagen vom Mietzinse abzuziehen. Hier trat sogar ein alltäglicher verkehrspolizeilicher Zweck an die Stelle des utiliter gestum.

Den Gedankengang des römischen Rechts setzte das gemeine Recht fort,[176]) indem es dem Gestor in allen Fällen einen Anspruch zugestand, wo sein Eingriff im öffentlichen Interesse[177]) gelegen oder der Erfüllung eines öffentlichen Zwanges,[178]) einer sittlichen oder Pietätspflicht,[179]) vor allem aber einer Unterhaltungspflicht,[180]) gedient hatte.

Das war der Grundsatz, den das Bürgerliche Gesetzbuch vorfand und an den es sich denn auch, wie noch ausgeführt werden wird, im großen ganzen angeschlossen hat.

---

[176]) Heimbach, Erörterungen aus dem gemeinen und sächsischen Civilrecht und Civilprozesse Bd. 1 1849 S. 55—58 im Anschlusse an Seuffert Bd. 14, Entsch. Nr. 94; Heimbachs Ausführungen stehen auch schon bei Seuffert Bd. 3 Nr. 51 (vgl. Bd. 14 Anm. 1 zu Nr. 94); vgl. auch Windscheid-Kipp a. a. O. S. 862 Anm. 20; Dernburg, Pandekten Bd. 2 § 122 (4. Aufl. S. 332); Klawki a. a. O. S. 30; Richter a. a. O. S. 26; Brückmann a. a. O. S. 154.

[177]) Holzschuher a. a. O. Bd. 3 S. 685 Nr. 8; Seuffert Bd. 14 Nr. 94; R.G. Bd. 27 S. 332.

[178]) Dernburg a. a. O. S. 332. Folgt unmittelbar aus l. un. § 3 D. 43, 10.

[179]) Seuffert Bd. 36 Nr. 33. Dazu Windscheid-Kipp und R.G. a. a. O.; auch Dernburg a. a. O.; Kohler, Jahrb. f. Dogm. Bd. 25 S. 50; Richter a. a. O. S. 26.

[180]) Seuffert Bd. 6 Nr. 193, Bd. 10 Nr. 61, Bd. 11 Nr. 37, Bd. 21 Nr. 52, Bd. 36 Nr. 33; Windscheid-Kipp, Dernburg a. a. O.; Klawki a. a. O. S. 34; Richter a. a. O. S. 26; Kohler a. a. O. S. 51.

4. Die Verteilung der Beweislast beim streng subjektiven Prinzip.

Und nun zur Beweislast! Denn auch hier hat das neue Recht an das alte angeknüpft.

Sieht man von den bereits wiedergegebenen Lehren Ogonowskis und Dankwardts ab, so findet man bei den Anhängern des streng subjektiven Prinzips das Bestreben, dem Richter bei der Feststellung des utiliter gestum möglichst viel Freiheit zu lassen und ihm nur Erfahrungsvermutungen an die Hand zu geben. Und in der Tat, dies Bestreben ist wohl kaum irgendwo so angebracht, wie beim utiliter gestum, wo alles auf die konkreten Umstände ankommt.

So läßt Ruhstrat[181]) zur Begründung des utiliter gestum den Nachweis des Gestors genügen, daß der Dominus „nach seiner Persönlichkeit und seinen besonderen Verhältnissen die Übernahme der Verwaltung gebilligt haben würde", doch soll dem Dominus immer der „Gegenbeweis" freistehen, daß sein Wille „dennoch nicht vorhanden gewesen sein würde, wenn er von den in Betracht kommenden Verhältnissen unterrichtet gewesen wäre".

Das will heißen: Es genügt, wenn der Gestor die gewöhnlichen Merkmale des Willens, also namentlich das Interesse des Geschäftsherrn (nach dessen „Persönlichkeit und besonderen Verhältnissen") nachweist, für den Willen des Geschäftsherrn spricht dann eine Vermutung, die der Geschäftsherr jederzeit durch einen Gegenbeweis entkräften kann, und zwar eine Erfahrungsvermutung, eine praesumtio facti, keine praesumtio iuris, denn Ruhstrat beruft sich nicht auf eine Gesetzesstelle und kann sich auch nicht auf eine solche berufen.

---

[181]) Über neg. gestio 1858 S. 25, 26.

Nach Ruhstrats Ansicht soll demnach der Gestor an sich das gesamte utiliter gestum als Grundlage seines Anspruchs darlegen, damit also auch den Willen des Geschäftsherrn, doch wird ihm dieser Nachweis dadurch erleichtert, daß er nur die gewöhnlichen Merkmale des Willens zu erhärten braucht, worauf der Richter vermöge einer allgemein anerkannten Lebenserfahrung den Willen des Geschäftsherrn auch ohne Beweis als festgestellt ansehen darf.[182]) Den Dominus trifft demgegenüber nicht die geringste Beweislast, er kann niemals beweisfällig werden. Aber er hat ein Interesse daran, daß der Gestor nicht mit Hilfe jenes Erfahrungssatzes obsiege. Daher muß er, wenn er nicht unterliegen will, die Überzeugung des Richters, die sich auf den grundsätzlich nur vom Gestor zu führenden Beweis und den entsprechenden Erfahrungssatz stützt, durch einen Gegenbeweis erschüttern.[183]) — Doch bedarf es des Gegenbeweises dann nicht, wenn der Richter, wozu er immer befugt ist, wegen besonderer Umstände von der Erfahrungsvermutung keinen Gebrauch macht.

Derselben Meinung wie Ruhstrat ist Klattenhoff,[184]) und auch Sturm bemerkt, freilich im Sinne des gemäßigt subjektiven Prinzips, daß der Gestor nur „äußere Umstände" anzuführen brauche, „die ihn nach zu billigendem Schlusse auf die Handlungsweise des Herrn zum Eintreten überhaupt berechtigt" hätten;[185]) dem Dominus stehe „natürlich der Gegenbeweis zu, daß der Gestor dennoch nicht utiliter geriert habe,

---

[182]) Betzinger, Die Beweislast im Civilproß (1904) S. 136; Rosenberg, Die Beweislast (1900) S. 92; Sattelmacher, Über die Gültigkeit und Bedeutung der gemeinrechtlichen Prozeßregel: affirmanti usw., Freiburger Dissertation (1902), S. 76.

[183]) Betzinger a. a. O. S. 137, 148, 149, 151, 152; Rosenberg a. a. O.; Sattelmacher a. a. O.

[184]) a. a. O. S. 8.

[185]) Das neg. util. gestum S. 23 und 25.

weil er einen äußeren Umstand aus dem Auge gelassen habe, der seinen Schluß als einen nicht zu billigenden würde haben erscheinen lassen", wobei aber darauf zu sehen sei, ob der Gestor diesen Umstand habe erforschen können.[186])

Und auf dasselbe läuft es hinaus, wenn, wie schon erwähnt wurde, mehrere gemeinrechtliche Schriftsteller, darunter auch wieder Ruhstrat, den Willen aus dem Interesse folgern. Auch hier handelt es sich um nichts anderes, als um eine Erfahrungsvermutung. Der Richter darf vom Beweise des Willens absehen, wenn ihm die Überzeugung beigebracht wird, daß das Geschäft im Interesse des Dominus lag. Dem Dominus aber steht der Gegenbeweis eines abweichenden Willens offen.[187])

Diese Lehren sind für die Auslegung des geltenden Rechts hochbedeutsam, und zwar namentlich deshalb, weil der § 683 B.G.B., wie noch gezeigt werden wird, zunächst den Eindruck erweckt, als wenn eine andere Verteilung der Beweislast beabsichtigt wäre.

δ) Die Trennung von Übernahme und Ausführung des Geschäfts im alten Rechte.

Endlich sei auch noch der alten Lehren gedacht, die zwischen der Übernahme und der Ausführung des Geschäfts unterschieden.

---

[186]) a. a. O. S. 26. Der letzte Satz gilt natürlich nur für das gemäßigt subjektive Prinzip.

[187]) Auf Grund einer Erfahrungsvermutung wird die Beweislast auch in den Entscheidungen verteilt, die Oertmann im Arch. f. civ. Pr. Bd. 82 S. 486, 487 mitteilt. Nur führen diese Entscheidungen insofern irre, als sie es schon genügen lassen, wenn der Gestor die objektive Nützlichkeit des Geschäfts (der Bezahlung fremder Schulden) nachweist. Wenn man, wie es die Entscheidungen im übrigen tun, beim utiliter gestum ein subjektives Prinzip vertritt, so muß man den Gestor auch wenigstens die Grundlage der subjektiven Nützlichkeit beweisen lassen und die Betonung des Subjektiven nicht ganz dem Dominus überlassen.

Damit wird dann die Prüfung des alten Rechts beendet sein. Nötig ist auch dieser letzte Exkurs ins alte Recht deshalb, weil der § 683 B.G.B. den Anspruch des Geschäftsführers allein davon abhängen läßt, daß die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und Willen des Geschäftsherrn entspreche.

Die Mehrzahl der gemeinrechtlichen Schriftsteller kannte die Scheidung von Übernahme und Ausführung des Geschäfts nicht. Wenn einmal gelegentlich die Übernahme von der Ausführung unterschieden wurde, so blieb das für das utiliter gestum bedeutungslos, da man für beide Phasen der Geschäftsführung dieselben Erfordernisse der Nützlichkeit aufstellte.[188]) Doch kam auch diese oberflächliche Trennung nur selten vor, im allgemeinen begnügte man sich mit dem Verlangen, daß das Geschäft nützlich geführt sein müsse, ohne dabei Übernahme und Ausführung auseinanderzuhalten.[189])

---

[188]) vgl. Köllner a. a. O. S. 81, 82, 84.

[189]) vgl. Sintenis a. a. O. S. 586; Malblanc a. a. O. S. 521; Wangerow a. a. O. S. 481; Gierke a. a. O. S. 274, 275; Plathner a. a. O. Sp. 320; Sturm, Das neg. ut. gest. S. 14, 15; Das Grundprinzip der neg. gest. S. 5 (s. aber die Modifikation S. 23, 24); Arndts, Pandekten a. a. O. S. 435, 436 (anders in Haimerls Österreich. Vierteljahrsschrift a. a. O. S. 44); vgl. unten S. 86 Anm. 191. Mit der Trennung von Übernahme und Ausführnng darf die Unterscheidung von utiliter coeptum und gestum nicht verwechselt werden. Daß ein utiliter coeptum genüge, heißt weiter nichts, als daß auf den Erfolg des Geschäfts nichts ankomme: ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse coeptum (l. 9 [10] § 1 D. h. t.). Damit ist nicht gesagt, daß die Art der Ausführung des Geschäftes für die actio contraria gleichgültig sei. Man konnte nach gemeinem Rechte sehr wohl vom Erfolge des Geschäfts absehen und doch verlangen, daß es utiliter ausgeführt sei. So Sintenis S. 586; Köllner S. 84; Arndts § 298 unter 1. — Über das utiliter coeptum vgl. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten Bd. 5 S. 379; Thibaut, Pandektenrecht 8. Ausgabe § 629; Seuffert, Lehrbuch des prakt. Pandektenr. §§ 343, 344; v. Wening-Ingenheim,

Das änderte sich erst, als Ruhstrat die Lehre aufstellte, daß bei generellen Geschäftsführungen, wie Vermögensverwaltungen u. dgl., nur die Übernahme nach dem streng subjektiven Prinzip zu beurteilen sei, während es für die Ausführung genüge, daß der Gestor den Nachweis der gehörigen Sorgfalt erbringe.[190]) Hiermit fand Ruhstrat fast allgemeine Zustimmung,[191]) und so dehnte er denn später den zunächst

---

Lehrbuch des Civilrechts, von Fritz besorgte Ausgabe § 387; Schweppe, Das röm. Privatr. 4. Ausg. Bd. 3 (fortgesetzt von Meyer) §§ 589, 590 S. 499—502; Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehren des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, nach des Verfassers Tode herausgegeben von Huschke, zwei Bände (1840) S. 609; Sintenis a. a. O. Bd. 2 S. 586; Wächter a. a. O. Bd. 20 S. 344 bis 346; Jacobi a. a. O. S. 223; Chambon a. a. O. S. 64; Leist a. a. O. S. 48; Dankwardt a. a. O. S. 28; Köllner a. a. O. S. 84 unter 1; Ruhstrat, Über negotiorum gestio 1858 S. 29; derselbe in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 9 S. 226; Ogonowski a. a. O. S. 31; Sturm, Das negotium utiliter gestum 1878 S. 4, 6 und 21; Kohler a. a. O. S. 46; Vangerow a. a. O. S. 481 unter 3; Arndts a. a. O. S. 436 unter 1; v. Keller, Pandekten 1861 S. 600; Brinz a. a. O. S. 643 Anm. 39; Windscheid-Kipp a. a. O. S. 862; Baron, Pandekten 6. Aufl. 1887 S. 529; Dernburg a. a. O. Bd. 2 S. 323; Spalding, Der Begriff des negotium utiliter gestum, Greifswalder Dissertation 1895 S. 16 u. a. m. Der Ausdruck utiliter coeptum ist der l. 9 (10) § 1 D. h. t. 3, 5 entnommen. In den übrigen Stellen, die von der mißlungenen Geschäftsführung handeln, findet er sich nicht (l. 11 [12] § 2, l. 21 [22], l. 30 [31] pr., l. 31 [32] pr., l. 36 [37] 1 D. 3, 5, l. 22 C. h. t. 2, 18; hierher auch l. 17 pr. D. de in rem verso 15,3).

[190]) Über negotiorum gestio 1858 S. 26, 27 und Jahrb. f. Dogm. Bd. 9 S. 270.

[191]) Brinz a. a. O. S. 641 Anm. 33 und S. 652; Arndts bei Haimerl S. 44; Mengelberg a. a. O. S. 20—22; Spalding a. a. O. S. 31—33; Bermann a. a. O. S. 63. Brinz vertritt aber für die Übernahme nicht das streng subjektive, sondern das Notwendigkeitsprinzip. — Gegen Ruhstrat übrigens Windscheid-Kipp S. 862 Anm. 21 und Sturm, Das neg. util. gest. S. 21 f. Anm. 1.

nur für die generelle Geschäftsführung berechneten Grundsatz auf alle Fälle der Geschäftsführung aus.[192])

Dieser Lehre Ruhstrats schloß sich das schweizerische Bundesgesetz an, indem es im Art. 472 bestimmte: „Wenn die Übernahme einer Geschäftsbesorgung durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten war, so ist dieser verpflichtet, dem Geschäftsführer alle Verwendungen, welche notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen waren, samt Zinsen zu ersetzen und ihn in demselben Maße von den übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien."

Diesem Vorbilde ist dann das B.G.B. gefolgt. —

Alles dies, die Trennung von Übernahme und Ausführung des Geschäfts im alten Rechte, die Verteilung der Beweislast beim streng subjektiven Prinzip, die Einschränkungen des Prinzips, alles ist wichtig für das volle Verständnis des geltenden Rechts, am wichtigsten aber ist — das mag hier am Schlusse des dogmengeschichtlichen Teils nochmals hervorgehoben werden —, daß das Interesse und der Wille des Geschäftsherrn in ihrer allgemeinen Bedeutung schon nach altem Rechte die utilitas negotii ausmachten, daß sie die Elemente des streng subjektiven utiliter gestum des gemeinen Rechts waren.

Sollte sich nun herausstellen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch das streng subjektive Prinzip des gemeinen Rechts übernommen hat, so würde damit zugleich die Bedeutung des Interesses und seines Verhältnisses zum Willen im § 683 endgültig festgelegt sein.

b) Die Stellungnahme des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Und das Bürgerliche Gesetzbuch hat das streng subjektive Prinzip übernommen, daran kann gar kein Zweifel bestehen.

[192]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 19 S. 254, 255, 256, 259, 266—268, 270, 274 und 303, Bd. 27 S. 71 und 75.

Das folgt zunächst aus der ursprünglichen Fassung des § 683 B.G.B. im § 753 des ersten Entwurfs:

„Wenn und soweit der Geschäftsführer dergestalt gehandelt hat, daß anzunehmen ist, es würde sein Verhalten von dem Geschäftsherrn bei Kenntnis der wirklichen Sachlage gebilligt worden sein, so hat der Geschäftsführer wie ein Beauftragter des Geschäftsherrn gegen diesen einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen und auf Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten, auch wenn der durch die Geschäftsführung beabsichtigte Erfolg nicht eingetreten ist."

Also „man muß annehmen können, es würde das Verhalten des Geschäftsführers vom Geschäftsherrn bei Kenntnis der wirklichen Sachlage gebilligt worden sein". Das ist aufs Wort die im gemeinen Rechte übliche Formulierung des streng subjektiven Prinzips. Daß das streng subjektive Prinzip übernommen werden sollte, ist aber überdies auch noch in den Motiven ausgesprochen worden. Es wird da ausgeführt:[193]) „In Beantwortung der Frage, was utiliter gestum sei, folgt der Entwurf prinzipiell dem strengen subjektiven Prinzip, wonach die actio contraria ohne Unterscheidung zwischen notwendigen und nützlichen oder vorteilhaften Geschäften beziehungsweise Aufwendungen . . . abhängig ist davon, daß das Eingreifen in die Geschäfte eines anderen an sich, wie die Art und Weise der Geschäftsbesorgung den wirklichen, nicht bloß den bei Anwendung der gebührenden Sorgfalt erkennbaren Intentionen des Geschäftsherrn beziehungsweise des gesetzlichen Vertreters desselben (vgl. § 756) entsprochen hat."

Und nicht genug damit, die Gesetzgebungsgeschichte gibt sogar in voller Klarheit zu erkennen, daß das Interesse und der Wille des Geschäftsherrn im § 683 B.G.B. in der all-

---

[193]) Bd. 2 S. 860.

gemeinen Bedeutung gemeint sind, also in derselben Weise verwertet werden, wie im gemeinen Rechte, und daß die jetzige Fassung des § 683 nichts ist, als eine Übersetzung der ursprünglichen Formulierung des § 753 des ersten Entwurfs ins Abstrakte.

In der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs nämlich hatten die Anhänger des gemäßigt subjektiven Prinzips einen letzten Vorstoß gegen das streng subjektive Prinzip unternommen. Sie hatten ihr altes Argument, daß man mit übertriebenen Anforderungen an den Gestor das ganze Institut schädige,[194]) noch durch eine Äußerung Kohlers[195]) verstärkt, wonach die Zwecke, denen die Geschäftsführung dienen soll, zwar Zwecke des Dominus, die Mittel aber, mit denen diese Zwecke erfüllt werden sollen, Mittel des Gestors sind, so daß es dem Gestor auch beim besten Willen gar nicht möglich ist, völlig im Sinne des Dominus zu verfahren, da er nur nach seinen eigenen Kenntnissen und Fähigkeiten und mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln handeln kann.[196])

Die Vertreter des streng subjektiven Prinzips waren aber nicht von ihrem Standpunkte gewichen und hatten erwidert, daß der Gemeinnützigkeit unter Umständen die Gemeingefährlichkeit der Besorgung fremder Geschäfte gegenüberstehe, denn erfahrungsgemäß mische sich häufig jemand in fremde Geschäfte lediglich aus Vordringlichkeit und in dem Bestreben, sich nach außen hin wichtig zu machen. Es seien auch keineswegs immer nur selbstlose Gründe, von denen sich der Geschäftsführer leiten lasse; seine Interessen seien häufig mit denjenigen des Geschäftsherrn so eng verknüpft, daß er

---

[194]) vgl. Sturm oben S. 57 und Mot. II S. 861 f.
[195]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 25 S. 62—65.
[196]) Protokolle Bd. 2 S. 731.

mehr seinen eigenen Vorteil, als den des Geschäftsherrn bei der Geschäftsführung im Auge habe.[197])

Schließlich einigte man sich auf einen Mittelweg, indem man der Ruhstratschen Lehre und dem Art. 472 des schweizerischen Bundesgesetzes folgte und für die Übernahme der Geschäftsführung das streng subjektive Prinzip beibehielt, die Ausführung aber in das pflichtmäßige Ermessen des Geschäftsführers stellte.[198]) So kam jene Unterscheidung des alten Rechts zwischen Übernahme und Ausführung des Geschäfts in das Bürgerliche Gesetzbuch.

Soweit nun hiernach das streng subjektive Prinzip weitergalt, ersetzte die Kommission die alte im § 753 des ersten Entwurfs beibehaltene Formel „dominum eadem facturum fuisse“ durch die Fassung: „Hat die Übernahme der Geschäftsbesorgung mit Rücksicht auf die Zwecke und Verhältnisse des Geschäftsherrn dessen Nutzen entsprochen, so kann der Geschäftsführer von dem Geschäftsherrn in gleicher Weise wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen und Befreiung von den zum Zwecke der Geschäftsbesorgung eingegangenen Verbindlichkeiten verlangen.“

Die Ähnlichkeit dieser Fassung mit dem von Jhering formulierten allgemeinem Interessebegriff muß sofort auffallen. Und sie trügt nicht, denn in der Redaktionskommission gab man der Vorschrift in Anlehnung an den schon mehrfach erwähnten Art. 472 des schweizerischen Bundesgesetzes die Fassung: „Entspricht die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, so kann der Geschäftsführer wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen.

---

[197]) Protokolle Bd. 2 S. 732; vgl. die hiermit fast wörtlich übereinstimmenden Ausführungen des Konsuls Cambacérès oben S. 57 Anm. 111.

[198]) Protokolle Bd. 2 S. 730, 733.

So ist die Vorschrift auch Gesetz geworden. Es ist also ganz gewiß, daß das Interesse des Geschäftsherrn im § 683 in der allgemeinen Bedeutung gemeint ist. Wo aber kommt der Wille her? In der alten Fassung steht nichts davon, und wirklich, die Redaktionskommission scheint hier weniger redigiert als neu geschaffen zu haben. Man hatte ihr aber auch mehr zu tun überlassen, als mit einer bloßen Redaktion zu erreichen war.

In der Kommission für die zweite Lesung war man nämlich nicht allein beim § 753, sondern auch beim § 749 des ersten Entwurfs, der die Ausführung des Geschäfts regelt, auf den allgemeinen Interessebegriff zurückgegangen.[199]) Drei Anträge waren gestellt worden, die sämtlich den Inhalt der Verpflichtung des Geschäftsführers so formulierten, daß das Geschäft den Zwecken und Verhältnissen des Geschäftsherrn gemäß auszuführen sei. Zwei Anträge stimmten sogar wörtlich mit der später für die Übernahme beschlossenen Fassung des § 753 überein. „Die Geschäftsbesorgung sei so einzurichten," empfahlen sie, „daß sie mit Rücksicht auf die Zwecke und Verhältnisse des Geschäftsherrn dessen Nutzen entspreche." Und der § 753 lautete, wie schon erwähnt, nach dem Kommissionsbeschlusse zweiter Lesung: „Hat die Übernahme der Geschäftsbesorgung mit Rücksicht auf die Zwecke und Verhältnisse des Geschäftsherrn dessen Nutzen entsprochen so . . ."

Der Redaktionskommission war nun die Auswahl zwischen den drei zum § 749 gestellten Anträgen überlassen worden. Zugleich hatte man ihr anheimgegeben, an Stelle des „Nutzens mit Rücksicht auf die Zwecke und Verhältnisse" kurzweg das „Interesse" zu setzen.[200])

Die Aufgabe war nicht leicht. Auf der einen Seite

---

[199]) Protokolle Bd. 2 S. 725 f.

[200]) Protokolle Bd. 2 S. 726.

hatte die Kommission für die zweite Lesung das streng subjektive Prinzip nur für die Übernahme des Geschäfts beibehalten, für die Ausführung dagegen das pflichtmäßige Ermessen des Geschäftsführers ausreichen lassen. Auf der anderen Seite gab sie der nützlichen Ausführung genau dieselbe Fassung wie der nützlichen Übernahme. An der Redaktionskommission war es nun, unter möglichster Wahrung der gleichlautenden Kommissionsbeschlüsse die Ausführung gegenüber der Übernahme abzuschwächen oder die Übernahme zu verstärken. Das erreichte sie, indem sie zum Interesse des Geschäftsherrn dessen Willen hinzusetzte.

Dadurch führte sie zunächst das streng subjektive Prinzip bei der Übernahme konsequent durch. In der Tat kann ja eine Geschäftsführung, die dem Interesse des Geschäftsherrn entspricht, seinem Willen trotzdem zuwider sein, wenn er nämlich das Interesse noch nicht oder anders, als vom Geschäftsführer geschehen, oder überhaupt nicht durch den Geschäftsführer verwirklicht wissen wollte. Seinem Willen muß daher ebensogut entsprochen werden, wie seinem Interesse. Oder mit anderen Worten: Hätte der Herr das Geschäft selbst unternommen, so würde er nicht nur ein Interesse, sondern auch einen Willen gehabt haben. Da er nun nach dem streng subjektiven Prinzip durch den Geschäftsführer vollkommen ersetzt werden soll, so muß mit der Übernahme des Geschäfts neben seinem Interesse auch sein Wille getroffen werden, denn sonst würde er nur halb vertreten.

Durch diese scharfe Formulierung des streng subjektiven Prinzips bei der Übernahme ermöglichte dann die Kommission zugleich die Abschwächung des Prinzips für die Ausführung. Die von der Kommission für die zweite Lesung beschlossene gemeinschaftliche Grundlage der Übernahme und Ausführung, das Interesse, konnte beibehalten, daneben aber das Willensmoment für die Ausführung abgeschwächt werden, indem hier

darauf abgestellt wurde, daß das Geschäft so zu führen sei, wie es das Interesse *mit Rücksicht* auf den Willen des Geschäftsherrn erfordere (§ 677), während für die Übernahme verlangt wurde, daß sie dem Interesse *und* dem Willen des Geschäftsherrn entsprechen solle (§ 683).

Diese Abschwächung des Prinzips im § 677 entsprach auch insofern dem Wunsche der Kommission für die zweite Lesung, als sie praktisch darauf hinausläuft, daß die Ausführung des Geschäfts dem pflichtmäßigen Ermessen des Geschäftsführers überlassen wird: Das Interesse ist die Beziehung des Zweckes auf den Handelnden. Handle ich für mich selbst, so verfolge ich meinen eigenen Zweck, handle ich für einen anderen, so verfolge ich einen fremden, wenn auch damit zugleich wiederum einen eigenen altruistischen Zweck. Als Geschäftsführer setze ich also mein Handeln in Beziehung zu einem fremden Zwecke. Nun greift hier aber die Lehre *Kohlers* ein, wonach es zwar möglich ist, einen fremden Zweck zu verfolgen, unmöglich aber, sich dabei auch der fremden Mittel, und zwar namentlich der fremden Kenntnisse und Fähigkeiten zu bedienen. Wenn also der § 677 bestimmt, daß die Ausführung zwar dem Interesse des Geschäftsherrn entsprechen, seinen Willen aber nur berücksichtigen soll, so heißt das offenbar, daß der Geschäftsführer zwar den fremden Zweck im Auge behalten soll, jedoch nicht bei jeder Ausführungshandlung den Geschäftsherrn vollkommen zu ersetzen braucht, wie bei der Übernahme, daß er vielmehr auf die Persönlichkeit des Geschäftsherrn nur die gebührende Rücksicht zu nehmen und im übrigen wie jeder andere Schuldner gemäß § 276 B.G.B. Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, also kurz nach pflichtmäßigem Ermessen zu verfahren hat.

Aber das nur nebenbei! Hier kommt es zunächst auf den § 683 an, und in dieser Vorschrift wurde, wie gesagt, das streng subjektive Prinzip scharf durchgeführt, indem für

die Übernahme verlangt wurde, daß der Geschäftsherr völlig ersetzt, oder abstrakt ausgedrückt, seinem Interesse und Willen entsprochen werde. Dem Interesse und dem Willen! Die neue Gestalt, die das streng subjektive Prinzip im § 683 angenommen hat, ist nichts anderes, als eine Auflösung des Satzes: dominum eadem facturum fuisse in seine Elemente. Und zwar eine sehr sorgfältige Auflösung, denn das Bürgerliche Gesetzbuch scheidet nicht nur das Interesse und den Willen des Geschäftsherrn, es löst auch den Willen wieder in einen wirklichen und einen mutmaßlichen Willen auf. Und doch wiederum keine vollständige Auflösung, denn das Interesse bleibt unberührt. Aber man kann auch dieses getrost in ein wirkliches und ein mutmaßliches zerlegen, denn diese Teilung ist mit der Entwicklung des utiliter gestum aus dem Satze: dominum eadem facturum fuisse mit Notwendigkeit gegeben.[201]) —

Hiermit würde das Ziel dieser Abhandlung erreicht sein, wenn nicht das Bürgerliche Gesetzbuch mit dem gemeinrechtlichen utiliter gestum auch dessen wichtigste Einschränkung, die actio funeraria, in ihrer gemeinrechtlichen Gestalt übernommen hätte. Im § 679 B.G.B. heißt es:

„Ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn kommt nicht in Betracht, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde", und dementsprechend im § 683 Abs. 2 B.G.B.:

„In den Fällen des § 679 steht dieser Anspruch (auf Ersatz der Aufwendungen) dem Geschäftsführer zu, auch wenn die Übernahme der Geschäftsführung mit dem Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht."

---

[201]) vgl. auch oben S. 60—61.

Von sittlichen Pflichten im allgemeinen ist im § 679 nicht die Rede. Darin weicht das Bürgerliche Gesetzbuch vom gemeinen Rechte ab, weil es vermeiden will, solche Pflichten erzwingbar zu machen.[202]) Im übrigen aber folgt es dem bisherigen Rechte, und zwar, worauf es hier hauptsächlich ankommt, auch darin, daß es einen der Geschäftsführung widersprechenden Willen des Geschäftsherrn für unerheblich erklärt.

An diese Vorschrift hat sich, wie bereits mitgeteilt, ein Streit zwischen den Parteien des objektiven und des subjektiven Interesses geknüpft. Die einen wollen das Interesse, da es nach ihrer Ansicht vom Willen unabhängig ist, auch in den Fällen des § 683 Abs. 2 beachtet wissen, die anderen, die das Interesse des Geschäftsherrn durch dessen Willen bestimmen lassen, verlangen, daß mit dem Willen auch das Interesse unbeachtet bleibe.[203])

Nach der hier vertretenen Ansicht ist in den Fällen des § 683 Abs. 2 nicht allein der Wille, sondern auch das Interesse des Geschäftsherrn unerheblich, aber nicht, weil es vom Willen konsumiert wird, sondern weil es sich hier um Fälle handelt, in denen das Interesse des einzelnen gegen das Interesse der Gesellschaft nicht aufkommt. Die Sache ist also gerade umgekehrt, wie sie sich die Anhänger des subjektiven Interesses vorstellen. Nicht das Interesse fällt weg, weil der Wille wegfällt, sondern der Wille kommt nicht in Betracht, weil das Interesse nicht in Betracht kommt. Der § 679 setzt an die Stelle des Wohles des Geschäftsherrn das Gemeinwohl und in dem besonderen Falle der Erfüllung einer Unterhaltspflicht das Wohl der Unterhaltsberechtigten. Der Geschäftsführer verfolgt hier also gar keinen Zweck des Ge-

---

[202]) Näheres in den Protokollen Bd. 2 S. 738.

[203]) oben S. 21 ff.

schäftsherrn, sondern einen Zweck der Gesellschaft und im besonderen einen Zweck der Unterhaltsberechtigten. Es ist daher ganz selbstverständlich, daß hier das Prinzip des § 683 Abs. 1 vollkommen ausgeschaltet sein muß, denn der Geschäftsherr kann nicht zwei Herren dienen. Darüber kann sich der Geschäftsherr auch kaum beklagen, denn wenn er selbst zur Stelle gewesen wäre, hätte er sich dem Geschäfte ebenfalls unterziehen müssen.[204]) Es handelt sich hier eben nicht so sehr um eine Einschränkung des streng subjektiven Prinzips, als um eine Einschränkung der Privatwillkür überhaupt. —

Anders war es, wie schon bemerkt wurde, mit der gemeinrechtlichen Lehre von der präsumtiven Billigung des Geschäfts durch den Dominus als bonus paterfamilias. Hier handelte es sich um eine unmittelbare Einschränkung des streng subjektiven utiliter gestum. Aber die Lehre ist vom Bürgerlichen Gesetzbuche nicht in dieser Form übernommen worden. Sie ist in den ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches nur als Vorschrift über die Verteilung der Beweislast übergegangen, ist dann im Gesetzestexte ganz fortgelassen worden und gilt jetzt nur noch sehr beschränkt als eine der Natur der Sache entsprechende Regel. Da sie hierbei vollkommen mit der Lehre von der Beweislast beim utiliter gestum zusammenfällt, so soll sie auch mit dieser zusammen erörtert werden.

Der § 753 Abs. 2 des ersten Entwurfs schrieb vor:

„Es wird vermutet, daß der Geschäftsherr gebilligt haben würde, was ein ordentlicher Hausvater hätte für angemessen erachten müssen."

Damit schloß sich der erste Entwurf an die Ogonowskische Lehre nur zum Teile an, denn im § 198 des ersten Entwurfs (jetzt § 292 C.P.O.) hieß es:

„Wenn das Gesetz vorschreibt, daß eine Tatsache vermutet werde, so gilt dieselbe für erwiesen; es ist jedoch der

[204]) Brückmann a. a. O. S. 158.

Beweis des Gegenteils zulässig, sofern nicht ein anderes vorgeschrieben ist."

Die Vermutung aus § 753 Abs. 2 war also eine praesumtio juris, die der Geschäftsherr durch den Beweis widerlegen konnte, daß er eine vom arbitratus boni patrisfamilias abweichende Ansicht gehabt haben würde, während ihm nach Ogonowskis Lehre, wie oben ausgeführt, nur der Beweis des ausdrücklichen Verbots der Geschäftsführung offenstand.

Von der Kommission für die zweite Lesung wurde dann die Vorschrift ganz gestrichen, weil man sie für entbehrlich hielt.[205]) Damit wurde jedoch der Gedanke, der der Vorschrift zugrunde lag, noch nicht ganz aufgegeben. Nur die gesetzliche Vermutung wurde beseitigt und dadurch dem Richter die Möglichkeit verschafft, die Beweislast auf Grund von Erfahrungsvermutungen nach den Bedürfnissen des einzelnen Falles zu regeln. Dabei wird sich der Richter aber zunächst immer an das Gewöhnliche und Natürliche halten und Besonderheiten nur annehmen, wenn sie ihm nachgewiesen werden, womit also dem Sinne jener Lehre von der vermutlichen Billigung des Geschäfts durch den Geschäftsherrn als guten Hausvater auch jetzt noch, wenn auch sehr beschränkt, entsprochen wird.

Hier ist nun wieder Raum für die im gemeinen Rechte herrschende Anschauung über den Beweis des utiliter gestum, die ja ebenfalls Erfahrungsvermutungen gelten ließ, indem sie von dem Geschäftsführer nur verlangte, daß er das Interesse des Geschäftsherrn aus dessen Absichten und Verhältnissen nachweise, worauf dann der Wille aus dem Interesse gefolgert werden konnte, aber so, daß es dem Geschäftsherrn jederzeit

---

[205]) Weggelassen wurde übrigens, wie hier beiläufig bemerkt sein mag, auch im Abs. 1 § 753 der Zusatz über das utiliter coeptum, weil er selbstverständlich sei (Protokolle Bd. 2 S. 731).

freistand, diese Vermutungen durch einen Gegenbeweis zu entkräften.[206])

Man könnte gegen das Heranziehen dieser Lehren anführen, daß sie mit dem Wortlaute des § 683 B.G.B. nicht zu vereinigen seien. Der § 683 lasse den Anspruch des Geschäftsführers davon abhängen, daß dem Interesse und dem Willen des Geschäftsherrn entsprochen sei, der Geschäftsführer müsse daher diese Voraussetzungen seines Anspruchs auch ganz und gar nachweisen. Wenn das Gesetz beabsichtigte, den Geschäftsherrn mit einem Teile des Beweises zu belasten, so würde es sich auch wohl anders ausdrücken, etwa so:

„Entspricht die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse des Geschäftsherrn, so kann der Geschäftsführer wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, es sei denn, daß die Geschäftsübernahme mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn im Widerspruche steht."

Aber jene gemeinrechtlichen Lehren sagen ja gar nicht, daß dem Geschäftsherrn der Beweis der entgegenstehenden Momente obliege, sonder nur, daß ihm der Gegenbeweis solcher freistehe. Die gesamte Beweislast trifft auch nach den gemeinrechtlichen Lehren den Geschäftsführer, er muß seine Klage auf das Interesse und den Willen des Geschäftsherrn stützen und diese Behauptungen unter Beweis stellen, nur wird ihm der schwierige Nachweis jener psychologischen Tatsachen „Interesse" und „Wille" dadurch erleichtert, daß der Richter diese schon als erwiesen annimmt, wenn ihre gewöhnlichen Merkmale dargetan werden. Dadurch verschiebt sich die Beweislast nicht, wie das nach dem § 753 Abs. 2 des ersten Entwurfes der Fall war. Der Geschäftsherr kann niemals beweispflichtig werden, aber es steht ihm natürlich frei, wenn jene Erfahrungsvermutungen im einzelnen Falle

---

[206]) vgl. oben S. 82 f.

nicht das Richtige treffen, sie durch einen Gegenbeweis zu entkräften.

Doch auch das ist dann nicht nötig, wenn der Richter sich jener Vermutungen, weil sie auf die Eigenart des Falles nicht passen, überhaupt nicht bedient, was bei solchen Vermutungen eben seinem freien Ermessen überlassen ist. Darin liegt gerade der Hauptwert der Erfahrungsvermutungen, daß sie den Bedürfnissen des einzelnen Falles nachgeben. Solche bewegliche Regeln sind aber besonders beim utiliter gestum, wo ja alles Tatfrage ist, so recht am Platze.

So ist es denn auch herrschende Meinung,[207]) daß der Geschäftsführer, wenn er sich auf den mutmaßlichen Willen beruft, nur das Interesse des Geschäftsherrn nachzuweisen braucht, woraus dann der Wille vom Richter gefolgert werden darf, während es dem Geschäftsherrn freigestellt wird, den Gegenbeweis seines abweichenden Willens zu führen.

Der einzige, der diese Ansicht nicht teilt, ist Brückmann,[208]) er verlangt, daß der Geschäftsführer auch den Willen des Geschäftsherrn beweise. Doch, von dem oben Gesagten ganz abgesehen, wie soll der Geschäftsführer einen solchen Beweis zustandebringen? Er kann sich entweder auf irgendwelche Merkmale des fremden Willens berufen, und dann gibt wieder eine Erfahrungsvermutung den Ausschlag, oder er kann dem Geschäftsherrn einen Eid über den Willen zuschieben. Das erscheint aber mit Rücksicht auf § 445 C.P.O.

---

[207]) vgl. die bereits S. 6 genannten Autoren und ferner Staudinger (a. a. O. S. 515 Note 4 zu § 683), der zwar selbst von der Folgerung des Willens aus dem Interesse nicht spricht, aber auf Oertmann verweist, und Richter a. a. O. S. 16; s. auch Kuhlenbeck, Kommentar S. 559 Note 1 zum Interesse (§ 683) und Schulz, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn (Rostocker Dissertation 1901) S. 27.

[208]) a. a. O. S. 143 Anm. 2.

als recht bedenklich.[209]) Und wenn man selbst den Eid für zulässig hält, was ist dann mit einem solchen Eide gewonnen? Gewiß, nach § 463 C.P.O. wird durch die Leistung des Eides der volle Beweis der beschworenen Tatsache begründet, allein die Wahrheit der eidlich erhärteten Tatsache ist doch nur eine formale. Eine vernünftige Rechtsprechung aber wird immer danach streben, möglichst ohne formale Hilfsmittel auszukommen. Vom § 446 C.P.O. ganz abgesehen, ist es zum mindesten immer leichtsinnig, ohne weiteres auf einen Eid zu erkennen.[210]) Das muß man bedenken, ehe man mit Brückmann[211]) einen Eid des Geschäftsherrn empfiehlt, und noch dazu einen Eid über eine innere Tatsache, die an ein Urteil streift![212]) Da kommt man denn doch mit Erfahrungsvermutungen viel weiter. Der Richter kann ohnehin bei psychologischen Tatsachen gar nicht ohne Erfahrungsvermutungen auskommen,[213]) und gerade die Voraussetzungen des Ersatzanspruchs aus § 683 B.G.B. sind rein psychologische Tatsachen.

So kann der Richter auch das mutmaßliche Interesse des Geschäftsherrn nur mit Hilfe einer Erfahrungsvermutung aus den Verhältnissen und Gewohnheiten des Geschäftsherrn entnehmen.

Ebenso sieht es, wenn man vom Beweise durch einen Eid[214]) absieht, mit dem wirklichen Willen aus. Auch dieser

---

[209]) Brückmann a. a. O. macht selbst auf eine Bemerkung Schulzens aufmerksam, der den Eid im Anschlusse an mündliche Äußerungen Dernburgs und mehrerer Kammergerichtspraktiker für unzulässig hält.

[210]) Stölzel, Schulung für die civil. Praxis 2. Aufl. S. 196, 197.

[211]) a. a. O. S. 143 Anm. 2.

[212]) Stölzel a. a. O. S. 39, 40, 58, 75 usw. Über die Frage gibt es auch zahlreiche gerichtliche Entscheidungen.

[213]) Betzinger a. a. O. S. 57.

[214]) der beim wirklichen Willen ebenso fragwürdig ist, wie beim mutmaßlichen.

ist sinnlich nicht wahrnehmbar[215]) und kann immer nur aus äußeren Anzeichen, so in der Regel aus wörtlichen Äußerungen, gefolgert werden.

Die ganzen Merkmale des streng subjektiven utiliter gestum sind nur mit Hilfe von Erfahrungsvermutungen erkennbar. Das mutmaßliche Interesse wird nach allgemeinen Regeln aus den Verhältnissen und Gewohnheiten des Geschäftsherrn, der mutmaßliche Wille ebenso aus dem Interesse gewonnen. Das wirkliche Interesse und der wirkliche Wille ergeben sich im Wege einer Erfahrungsvermutung aus Äußerungen des Geschäftsherrn und sonstigen Merkmalen. Überall muß eine solche Vermutung aushelfen.[216]) Überall kann sie aber auch durch einen Gegenbeweis entkräftet werden, und endlich: Überall ist der Richter nach dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung in der Lage, wenn besondere Umstände es gebieten, die Erfahrungsvermutungen außer Anwendung zu lassen.

III. Die Ergebnisse im Zusammenhange.

Das Bürgerliche Gesetzbuch vertritt im § 683 eine streng subjektive Auffassung, das heißt: der Geschäftsführer kann nach § 683 seine Aufwendungen nur dann erstattet verlangen, wenn er den Geschäftsherrn bei der Übernahme der Geschäftsführung vollständig ersetzt hat. Will man also erfahren, wie sich der Geschäftsführer bei der Übernahme verhalten soll, so muß man zunächst fragen, wie sich denn der Herr selbst verhält, wenn

---

[215]) Betzinger a. a. O.

[216]) Der Satz, daß Interesse und Wille des Geschäftsherrn nur an der Hand von Erfahrungsvermutungen feststellbar sind, ist auch deshalb wichtig, weil der Geschäftsführer dadurch vor Schikane geschützt wird. Der Richter wird auch ohne die Vorschrift des § 226 B.G.B. niemals einen chikanösen Willen oder ein schikanöses Interesse des Geschäftsherrn annehmen, denn beides trägt immer den Stempel der Unwahrheit.

er ein Geschäft unternimmt. Wie geht das zu, wenn jemand ein Geschäft in Angriff nimmt?

Niemand kann handeln, ohne damit irgend einen Zweck zu verfolgen. Bei jeder Handlung, jedem Geschäfte, fühlt sich das Subjekt bedingt durch einen Zweck. Dieses Gefühl der Bedingtheit, diese Beziehung zwischen dem Zwecke und dem Handelnden wird Interesse genannt. Kein Geschäft ist denkbar ohne ein solches Interesse.

Umgekehrt braucht man aber, wenn man ein Interesse hat, deshalb noch nicht gleich zu handeln. Alle Zwecke, durch die man sich bedingt fühlt, ohne weiteres verwirklichen, das kann man nur im Märchen vom Schlaraffenlande. Das Leben ist anders. Da wird manches Interesse durch ein stärkeres unterdrückt, und zwar nur zu oft nach dem Grundsatze: coactus voluit. Und wenn man sich auch für einen Zweck weiter interessieren darf, so muß man doch häufig lange sinnen und warten, bis man ihn verwirklichen kann. Und wie oft ist man nicht überhaupt im unklaren darüber, wie man ihn verwirklichen soll? Also mit dem Interesse ist die Handlung, oder wie man hier sagen muß, die Inangriffnahme des Geschäfts noch längst nicht gegeben. Erst wenn nach Meinung der interessierten Person die Voraussetzungen für die Verwirklichung des Zweckes eingetreten sind, kommt es zum Handeln. Das Interesse ist nur ein Teil des dem Handeln voraufgehenden psychologischen Vorgangs. Damit dieser vollständig werde, muß noch ein weiteres Moment hinzutreten, der in dem Unternehmen des Geschäfts zum Ausdrucke kommende Wille.

Im psychologischen Sinne wird demnach die Tätigkeit des Geschäftsherrn, wenn er selbst ein Geschäft in Angriff nimmt, durch sein Interesse und seinen Willen erschöpft.

Diese Tätigkeit soll der Geschäftsführer ersetzen, die Übernahme der Geschäftsführung soll nach § 683 „dem Interesse

und dem Willen des Geschäftsherrn entsprechen". Wie könnte das Gesetz wohl treffender ausdrücken, daß der Geschäftsführer ganz an die Stelle des Geschäftsherrn treten soll?

Die Übernahme soll dem Interesse des Geschäftsherrn entsprechen, das bedeutet: es soll eine Beziehung bestehen zwischen dem Geschäftsherrn und dem vom Geschäftsführer verfolgten Zweck, der Geschäftsherr muß durch diesen Zweck „bedingt" sein. Die Übernahme soll aber auch dem Willen des Geschäftsherrn entsprechen, damit ist gesagt: im Sinne des Geschäftsherrn muß es auch liegen, daß jener Zweck verwirklicht werde, und zwar zu der Zeit und Gelegenheit und in der Geschäftsform, wie der Gestor es unternimmt.

Beim Interesse fragt sich der Richter: Lag der Zweck des Geschäfts im Sinne des Geschäftsherrn? und beim Willen: Lag die Verwirklichung des Zwecks durch das Geschäft im Sinne des Geschäftsherrn? Damit mutet das Gesetz dem Richter wahrlich keine zu schwierige Prüfung zu.

Nur ist hierbei noch eins zu bedenken: wenn jemand im Sinne eines anderen handelt, so heißt das noch längst nicht immer, daß er etwas ausführt, was der andere wirklich denkt oder will, denn der andere kennt ja die Sachlage meist gar nicht, kann sich also über sie auch keine Gedanken machen. Im Sinne eines anderen handeln bedeutet daher meistens nur, etwas ausführen, was der andere mutmaßlich denkt oder will. Wenn demnach der Richter prüft, ob Zweck und Modus der Übernahme im Sinne des Geschäftsherrn gelegen haben, so wird er meistens nicht zu untersuchen haben, ob der Geschäftsherr wirklich ein Interesse und einen Willen gehabt hat, sondern ob er beides bei Kenntnis der Sachlage gehabt haben würde.

Zunächst entscheidet zwar immer das wirkliche Interesse und der wirkliche Wille des Geschäftsherrn. Wenn der Geschäftsherr aber die Sachlage nicht oder nicht ganz kannte,

was meistens der Fall sein wird, so werden seine mangelnden wirklichen Absichten durch die mutmaßlichen ersetzt, d. h. der Richter prüft die Lage und die Gewohnheiten des Geschäftsherrn und folgert daraus, was für ein Interesse und was für einen Willen der Geschäftsherr gehabt haben würde, wenn er die Sachlage gekannt hätte.

Je mehr der Herr von der Lage der Dinge gekannt hat, und je bestimmter seine Ansichten darüber gewesen sind, desto weniger bleibt zu mutmaßen; je unbedeutender die Kenntnis und demnach auch das Urteil des Herrn gewesen ist, desto mehr muß gemutmaßt werden. Ob die wirklichen oder die mutmaßlichen Absichten des Geschäftsherrn entscheiden, hängt also davon ab, wieviel der Geschäftsherr von der Lage der Dinge gekannt und inwieweit er sich ein Urteil darüber gebildet hat.

Ging seine Kenntnis so weit, daß er bereits ein Interesse gewonnen und einen Willen gefaßt hatte, nur daß er an der Ausführung des Willens verhindert war, so ist sein wirkliches Interesse und sein wirklicher Wille maßgebend.

Wußte er von der Sachlage nur soviel, daß er zwar ein Interesse, aber noch keinen Willen hatte, so entscheidet sein wirkliches Interesse und sein mutmaßlicher Wille.

Wußte er nichts von der Lage der Dinge, so gibt sein mutmaßliches Interesse und sein mutmaßlicher Wille den Ausschlag.

Den Geschäftsführer trifft die gesamte Beweislast, doch stehen ihm dabei in der Regel Erfahrungsvermutungen zur Seite.

Das mutmaßliche Interesse wird vom Richter mit Hilfe einer Erfahrungsvermutung aus Lage, Verhältnissen, Gewohnheit und Anschauungen des Geschäftsherrn gefolgert und ebenso der mutmaßliche Wille aus dem Interesse des Geschäftsherrn. Das wirkliche Interesse und den wirklichen Willen entnimmt der Richter gleichfalls nach Erfahrungssätzen aus Äußerungen des Geschäftsherrn und ähnlichen Merkmalen.

Den Geschäftsherrn trifft keine Beweislast, es steht ihm aber frei, die für den Geschäftsführer sprechenden Erfahrungsvermutungen durch Gegenbeweise zu entkräften.

Doch ist dies dann überflüssig, wenn der Richter sich nach dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung wegen besonderer Umstände der gewöhnlichen Erfahrungsvermutungen nicht bedient, was freilich nur selten der Fall sein wird.

Weder auf das Interesse noch auf den Willen des Geschäftsherrn kommt es an, wenn die Geschäftsführung im öffentlichen Interesse oder im Interesse des Unterhalts von Personen übernommen worden ist, die der Geschäftsherr zu alimentieren hat, denn alsdann werden eben keine Zwecke des Geschäftsherrn, sondern fremde Zwecke auf Kosten des Geschäftsherrn verwirklicht.

Schlußwort.

„Nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset.“ Jeder soll Herr im eigenen Hause sein, so wollte es das römische und so will es noch das heutige Recht.[217]) Aber heißt das nicht den Eigensinn unterstützen und den Gemeinsinn zurückdrängen? Gierke sagt in seiner Kritik des ersten Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches[218]) über den § 753 daselbst: „An uneigennützige Hilfsbereitschaft ist gar nicht gedacht, die Kulturbedeutung des Eintretens für den Mitmenschen bleibt unbeachtet, von ausgleichender Gerechtigkeit ist nicht die Rede.“

Doch die Gierkesche Äußerung steht in einer Streitschrift, die neben anderem besonders betont, welche Gefahr in der übergroßen Freiheit des einzelnen liegt. Praktisch sind die Folgen, die aus dem Prinzip des § 683 Abs. 1 entstehen können, nicht gar so schlimm. Unsere modernen Verkehrsverhältnisse werden es fast immer ermöglichen, den Geschäftsherrn, wenn nicht sofort, so doch binnen kurzer Zeit, selbst zu Rate zu ziehen (vgl. § 681 B.G.B.). Es ist also bei der Geschäftsführung ohne Auftrag in der Tat nicht mehr

[217]) Deshalb ist nichts dagegen einzuwenden, wenn Krückmann (Institutionen des B.G.B. 2. Aufl. 1899 S. 112); Matthias (a. a. O. S. 685) und Engelmann (a. a. O. S. 461) auf die alte Formel zurückgreifen und dem Geschäftsführer dann einen Ersatzanspruch zubilligen, wenn er ein Geschäft unternommen hat, das auch der Herr selbst unternommen haben würde.

[218]) Der Entwurf eines B.G.B. (1889) S. 275 Anm. 1.

so nötig, wie früher, den Gemeinsinn zu pflegen und den Eigensinn zu bannen.[219])

Hingegen läßt sich grundsätzlich immerhin darüber streiten, ob das Gesetz ungeselligen Neigungen überhaupt nachgeben, ob es ein so rein individualistisches Prinzip, wie das des § 683 Abs. 1, überhaupt aufstellen darf. Aber darauf einzugehen, würde hier zu weit führen, denn die Vorschrift des § 683 Abs. 1 ist im Grunde nur ein Ausfluß des Satzes: „Jus privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat" (l. 1 § 2 de Just. et Jure), und die Auffassung, daß das Privatrecht den Zwecken des einzelnen dienen soll, ist wiederum auf die allgemeinen Anschauungen des römischen Altertums und der Neuzeit zurückzuführen. Der Ausblick, der sich hier öffnet, ist also so unermeßlich weit, daß es von vornherein aufgegeben werden muß, auf diese Frage hier näher einzugehen.

Vor allem aber ist zu bedenken: was als Kritik eines Gesetzentwurfs nützlich sein mag, pflegt als Kritik des Gesetzes überflüssig zu sein. Ist die Rechtsordnung vollendet, so ist es verdienstlicher, ihre Vorschriften auszulegen, als über ihren Wert zu streiten.

Und deshalb hat die vorstehende Abhandlung die streng subjektive Auffassung des römischen und des heutigen Rechts nicht nur hingenommen, sondern sich ihr auch aufs engste anzuschließen gesucht, weil nur so die Bedeutung des gegebenen Prinzips klar erkannt werden kann.

---

[219]) Die verminderte Bedeutung der Geschäftsführung ohne Auftrag infolge der modernen Verhältnisse betonen mit Recht Planck a. a. O. S. 425; Richter a. a. O. S. 1; Lasker a. a. O. S. 2, 3; vgl. auch schon Sturm, Das negotium utiliter gestum S. 48; Mengelberg a. a. O. S. 23 und Bermann a. a. O. S. 63. Auch die ständig fortschreitende öffentliche Fürsorge spricht hier mit (Planck und Richter a. a. O.).